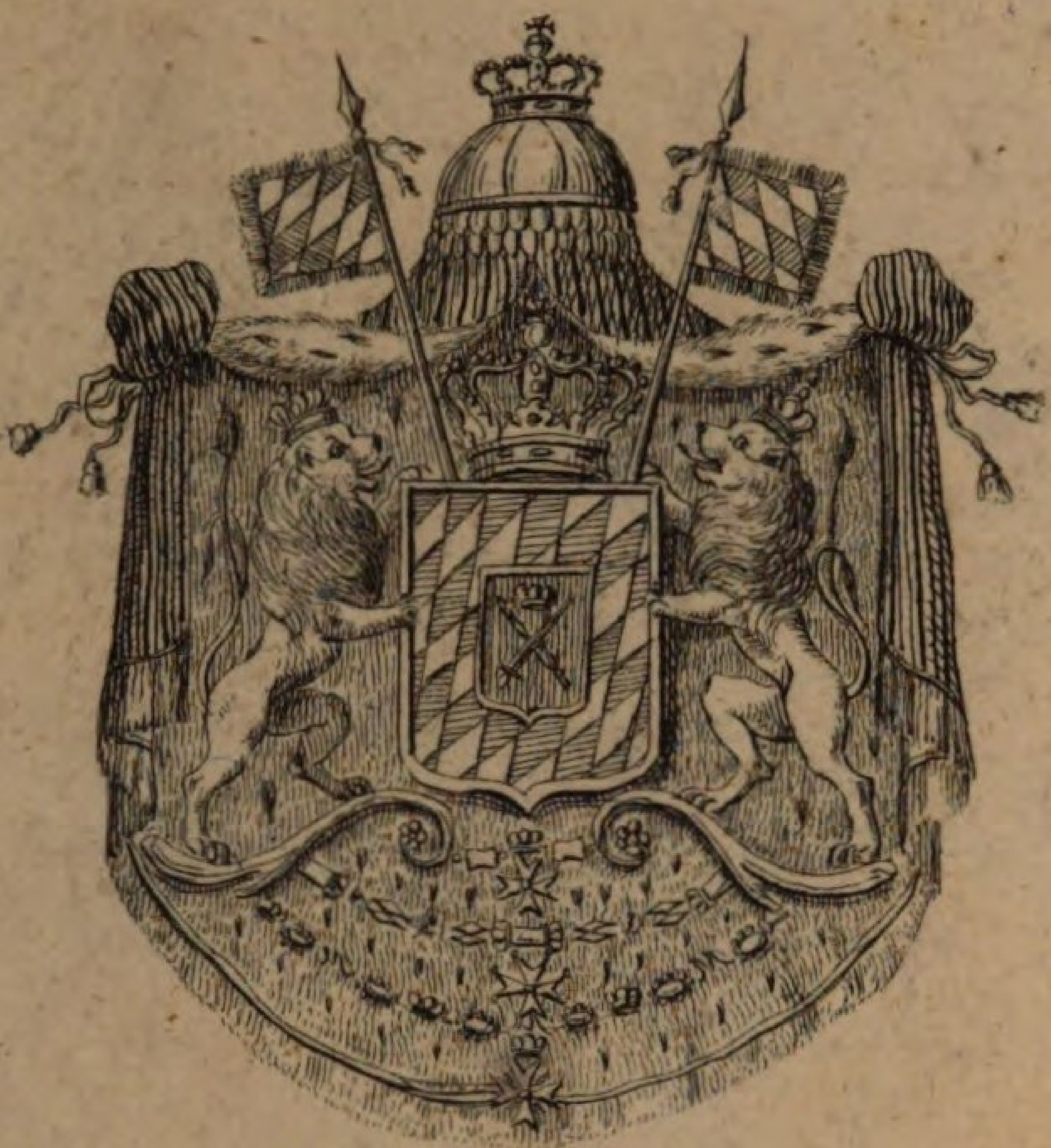
I. Germ. 39



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

J. germ. 39-8

<36622415910018

<36622415910018

Bayer. Staatsbibliothek

Ri

D. Wilhelm August Friedrich Danz,
gewesenen Regierungsraths und Hofgerichtsassessors
zu Stuttgart,

Handbuch
des
heutigen deutschen
Privatrechts,
nach dem System
des
Herrn Geheimenjustizraths Runde.

Nach
dem Tode des Verfassers
fortgesezt.

Achter Band.

Stuttgart,
bey Franz Christian Löflund,
1807.

D 186

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorbericht.

Es hat sich während der Erscheinung dieses weitumfassenden Werks vieles verändert. Wir fangen bey seinem Urheber selbst an, an welchem der Staat einen treuen, redlichen und geschickten Diener, das gelehrte Teutschland a) einen talentvollen Schriftsteller seines vaterländischen Rechts, und seine Freunde einen edlen, teutschen Mann verlohren haben. Er starb im vierzigsten Jahre seines kräftigen männlichen Alters den 14. December im Jahr 1805 b).

Der Fortsetzer dieses Werks übernahm die Arbeit unter mancherley andern Beschäftigungen, im Grunde aus Liebe für das Andenken des verstorbenen Freundes, mit dem er so oft über den Inhalt des Buchs sich

a) Dieses existirt doch wohl noch? Ja! Es wird existiren, so lange teutscher Geist in der Litteratur dieser Sprache und in der Denk- und Vorstellungsweise der Schriftsteller herrscht, die durch dieses angebohrne Band unter sich vereiniget sind!

b) Notitzen über sein Leben finden sich in des juridischen Archivs IV. B. 1. Heft S. 155. ff. und im Nekrolog der Teutschen für das neunzehnte Jahrhundert, herausg. von Friedrich Schlichtegroll, V. B. (Gotha 1806.) S. 77. ff.

sich lebhaft unterhalten hatte. Er ist kein Büchermacher von Profession, der, wie Lichtenberg einst von solchen fruchtbaren Producenten sagte, mit sechsen auf jede Messe zu fahren pflegt. Er verweilte daher lieber etwas länger über einer Arbeit, die nach seiner Absicht wenigstens, den vorhergehenden Bänden an innerem Werth nicht nachstehen sollte. Es war natürlich, daß er nach dem alten, einmal angefangenen Plane fortarbeiten muste, und darum wollte er selbst auch die Manier der vorhergehenden Bände beybehalten.

Der selige Danz hatte es offenbar darauf angelegt, diesen Commentar zugleich als ein Repertorium des teutschen Rechts durch Sammlung brauchbarer Materialien zum allgemeineren Gebrauch hinzugeben. Auch hierinn folgte ihm der Verfasser dieser Fortsetzung, insoferne er es bey jeder Materie zuförderst für gerathen hielt, die Ansichten der besseren Schriftsteller als einen Beytrag zur Entwicklungsgeschichte dieser Lehre zusammenzustellen und prüfend zu beleuchten, so wie er auch zu der eigentlichen Entstehungsgeschichte der einzelnen von ihm zu bearbeitenden Institute die quellenmäsigen Belege voranzuschicken bemüht war.

Von diesen Daten gieng er in die Abstraction der Begriffe zurück, die er nun, wo es die Natur des Gegenstandes mit sich brachte, in ihre Arten zerlegte, und in ihre Folgen zu Begründung der Theorie auflöste. War

War die Abstraction richtig gefaßt, welches aus der geführten Induction erhellen mus, so bedurfte die dogmatische Entwicklung des Besonderen aus dem Allgemeinen keiner einzelnen Belege zu ihrer Begründung, und Autoritäten von Schriftstellern konnten höchstens zu Vergleichungen, oder auch dazu dienen, um dem Gedachten bey denjenigen, für welche das Gedachte sich nicht durch sich selbst begründet, auf anderem Weege Eingang zu verschaffen.

Offenherzig aber bekennt der Verf. dieser Fortsetzung, daß ihm theils der Plan, den er nun einmal befolgen muste, theils die Beschränktheit der Zeit durch das Dringen des thätigen Verlegers, der freylich die Beendigung des Werks zunächst von seinem Standpunct aus ansah, Fesseln anlegte, die sich der Arbeit unverkennbar in manchen Spuhren aufdrücken musten. Nichtsdestoweniger aber hofft er, durch diese Fortsetzung nicht hinter dem ersten Urheber dieses Werks zurückgeblieben zu seyn, und wenn auch gelehrte und gründliche Germanisten die Resultate seiner Untersuchungen nicht zu den ihrigen machen sollten, so werden sie ihm doch wenigstens die Gerechtigkeit wiederfahren lassen, daß er sich bestrebt habe, die Sache der Wissenschaft weiter zu befördern, und nicht den blossen Compilator zu machen.

Man wird es ihm, da sein erstes Bestreben dahin gieng, die Theorie der einzelnen von ihm bearbeiteten

Leh-

Lehren durch richtige Abstraction genauer zu begründen, nicht verargen, wenn er auf diesem Weege sich öfters bis zur Ungedult durch den Führer unterbrochen fühlte, den der selige Danz für seine ganze Ausführung gewählt hatte.

Auch dieser gelehrte fleißige Mann ist nun seinem Commentator in die Wohnungen des Friedens nachgefolgt. Dort wird sie wohl die große Angelegenheit des juris Germanici nicht mehr entzweyen, wie sie es wenigstens auf einer Seite that, da die beyden würdigen Männer noch in dieser Zeitlichkeit wohnten.

Wenn aber davon die Frage ist: welcher von beyden Schriftstellern, insoferne sie nun einzig noch der Litterargeschichte angehören, den Vorzug vor dem andern verdient habe? so dürfte die Antwort mit voller Unpartheylichkeit dahin ausfallen: Runde hatte mehr Erudition, Danz hatte mehr Talent und mehr Sinn dafür, um aus dem mannigfaltigen Besonderen sich in's Allgemeine zu erheben.

Unfreundlich genug war es gewis, wenn der selige Runde in den neuen Auflagen seines Buchs so manche gewis trefliche Bemerkung, die er bey Danz hätte finden können, unbenuzt ließ, und selbst den Namen seines allgemein gekannten und gelesenen Commentators nicht einmal nannte.

Zu dieser Behandlung war das intellectuelle Verhältnis beyder Schriftsteller warlich nicht geeignet.

Und

Und wir verhehlen es keinesweegs, daß wir der Idee nach, von welcher Danz ausgieng, seine Arbeit weit über die des Herrn Runde hinaufsetzen, da wir im Gegentheil dem leztern als Sammler und fleißigen Redacteur des Gesammelten den Vorzug gern zugestehen. Dieses Bekenntnis lag auch wohl sogar in der eigenen Handlungsweise des seligen Danz, der das Lehrbuch des Herrn Runde zur Grundlage seiner Arbeit machte, und seine Notizen treulich benuzte.

Aber im Grunde ist es doch ein unwissenschaftliches Leben, das in diesem blossen Notizensammeln mechanisch sich bewegt, und ein Lehrbuch, das man sich blos deswegen anschaffen mus, weil man das Neueste darinn nachgetragen findet, verdient zwar den Dank des Publicums, nur verdient es als Geistesproduct nicht, in so hohen Anschlag gebracht zu werden, wie dies der würdige selige Runde denn doch wirklich bey seiner eigenen Arbeit gethan hat.

Vor ihm hatte das jus Germanicum in zwey Schulen sich zu theilen angefangen, die man, wie die Formalisten und Realisten der neueren Philosophie, unterscheiden könnte.

Man war darüber einverstanden, daß man eine Theorie des heutigen teutschen Privatrechts aus den Wäldern des alten Germaniens eben so wenig unmittelbar herleiten könne, als einst das teutsche Staatsrecht aus der Urverfassung Germaniens, wenn wir sie auch je wirklich kennen sollten.

Nur war jetzt die Verschiedenheit diese: der eine Theil suchte auf die Uebereinstimmung der Statuten das Dogma der einzelnen Lehren des teutschen Privatrechts zu gründen, welches freylich um so weniger thunlich war, da die Statuten nicht übereinstimmen, sich in einzelnen Bestimmungen bey einzelnen Instituten wiedersprechen, und sogar entgegengesetzten Instituten Platz geben. Aber diese Schriftsteller, an deren Spitze der unläugbar sehr talentvolle Selchov stand, hatten das Verdienst eines vielseitigen Wissens, und einer oft sehr richtigen Abstraction, ob sie es gleich eigentlich nicht Wort haben wollten, daß ihr jus Germanicum blos ein Abstractum sey, da sie es gerne zu einem jus germanicum universale in thesi qualificirt hätten.

Von einer entgegengesetzten Ansicht gieng Pütter aus. Er läugnete den sogenannten mirificus consensus statutorum und das jus germanicum universale in thesi, und wollte dafür ein jus germanicum universale analogicum aufstellen.

Analogie im gewöhnlichen Sinne als Schluß vom Aehnlichen auf's Aehnliche war es nun freylich nicht, was diese Theorie begründete, wie dieses Tafinger a) längst gezeigt hatte, und im Grunde schon lange vor diesem Schriftsteller alle logische Juristen wissen musten und gewust hatten. Aber es son-

a) In der Abh. über die Bestimmung des Begriffs der Analogie des teutschen Privatrechts, Ulm 1787.

war eine Abstraction des Allgemeinen aus dem Besondern, und sollte eine Theorie seyn, die zur Interpretation der Statuten und zum Ergänzungsgebrauch in allen den Fällen tauglich wäre, wo ein particuläres Institut recipirt sey, daß es gelte, ohne näheren Bestimmungen unterworfen zu seyn: wie es gelten sollte?

Ueber die Art der Abstraction, über die näheren Gesetze derselben, soweit sie auf die zu bearbeitenden Materialien gerichtet seyn müssen, erklärte sich Pütter freylich nicht. Und so sehr wir die grossen Verdienste dieses Gelehrten mit unauslöschlichem Danke verehren, so müssen wir doch bekennen, daß er hier mehr nicht geleistet habe, als die allgemeinste Idee anzugeben, und damit allerdings das jus universale in thesi zu zerstören. Denn ob er gleich ein eigenes Lehrbuch des teutschen Privatrechts schrieb, so fehlte es ihm hier doch sichtbar an der Grundlage einer vollständigen Materialiensammlung, und man könnte ihn wahrhaft Statt des Formalismus sogar eines blossen germanistischen Nominalismus in einzelnen Materien beschuldigen, die er gar zu durchsichtig dargestellt hat.

So stand im Grunde die Litteratur des teutschen Privatrechts, nur darinn war man etwas weiter vorgerückt, daß sich die Critick der eigentlichen quaestio status näher zu bemächtigen angefangen hatte, welche man dem teutschen Privatrecht als einer Wissenschaft mit Recht entgegen halten konnte.

Nun

Nun trat Herr Runde mit seinen Grundsätzen des gemeinen teutschen Privatrechts auf, und versicherte feyerlich:

„Meine Absicht bey dieser Arbeit geht weiter; „und ist auf nichts geringeres, als auf eine gänz„liche Reform der bisher gewöhnlichen „Behandlungsart gerichtet."

Prüfen wir nun aber unpartheyisch, was er gethan und geleistet habe, so geht daraus so viel als Thatsache hervor:

Er hat die Begründung des teutschen Privatrechts aus einer Uebereinstimmung der particulären gesetzlichen Quellen verworfen. Nichtsdestoweniger aber vergleicht er Statuten, und führt sie einzeln und nebeneinander gestellt an. Er geht auch in einzelne historische Origines der Rechtsinstitute zurück, und benutzt vorzüglich die Ausbeute der Schriftsteller über einzelne Materien. Am Ende ist es aber nicht mehr und nicht weniger, als eine Art von fortgesetztem Selchov, mit etwas verändertem Plan, ein Abstractum, wie es auch dieser Schriftsteller gegeben hat, und häufig nicht einmal das; sondern particuläre Compilation einzelner Rechtsbestimmungen, wie sie sich da und dort vorfinden, alles fleißig und grossentheils auch mit Genauigkeit zusammen getragen.

Es sey ferne von uns, den Manen eines im übrigen sehr verdienten Gelehrten nahe treten zu wollen, wir unterschreiben sogar mit Freuden das kleine arti-

ge Denkmal, das ihm die Freundschaft in dem 59 St. des Morgenblatts für gebildete Stände gesetzt zu haben scheint. Nur insoferne er als Schriftsteller der Litterargeschichte angehört, so urtheilen wir freymüthig aus den angeführten Belegen über ihn, daß er der gelehrten Welt die angekündigte Reform der Behandlungsart des teutschen Privatrechts schuldig geblieben, und daß es selbst nicht in seiner Macht gestanden habe, diese Schuld, die er sich selbst auferlegt hatte, abzutragen, denn es fehlte ihm an der durch alle Abstufungen der Begriffe nach Gattung und Art sich entwickelnden Gabe zu jener scharfbestimmten Abstraction, die bey dieser Art von historischer Induction das einzige Geschäfte der philosophischen Behandlung ist.

Doch wer weiß, ob nicht bald das Schicksal unserer politischen Welt den Streit unserer Germanisten über ein allgemeines Privatrecht beylegen wird? Wenn aber auch der Geist der individuellen Absonderung Territorien, Corporationen und Familien, aus welchem sich das statutarische Wesen oder Unwesen unserer althergebrachten Gesetzverfassung einst entwickelt hat, durch das Naturverhältnis grösserer Staaten und die damit verbundene Verbreitung allgemeiner Rechtsformen vollends verschwinden sollte, so wird doch auf alle Fälle diese Catastrophe sich über die Privatverhältnisse der Teutschen, die ihnen seit Jahrhunderten so zu sagen angebohren sind,

sich

sich so schnell und zerstörend nicht verbreiten, daß es nicht noch jetzo sich der Mühe reichlich verlohnen sollte, an der Ausbildung einer historisch-richtigen Theorie dieses Rechtstheils mit aller Thätigkeit zu arbeiten. Ja! wir behaupten sogar, daß die Lage der gegenwärtigen Zeit das gedoppelte Interesse für eine solche Arbeit verdoppeln müsse, da sie ohne allen Zweifel für den künftigen Gesetzgeber eine wichtige und nothwendige Vorarbeit seyn mus.

Denn wenn eine neue allgemeinere oder ganz allgemeine Gesetzgebung (auf irgend eine Weise) zu Stande kommen soll, welche etwas mehr leiste, als einen blossen kurzgefaßten Auszug aus den Institutionen mit usus modernus und Benutzung einzelner Ausführungen des Preußischen Gesetzbuchs verbunden, an die Hand zu geben; wenn eine solche Gesetzgebung den Teutschen, wie er bisher war, und lebte und sein rechtliches Wesen trieb — ohne ihn einen Sprung vorwärts machen zu lassen, der seiner Natur nach immer wieder zum Rücksprung führt — in seine nächste und entferntere Zukunft hinüber begleiten soll, so daß er sich seines Rechts, und eines vaterländischen Rechts, noch mit Sicherheit freuen könne, so mus vor allem andern die Kenntnis seiner bisherigen Rechtssitten, nach allen ihren verschiedenen Gestalten in rein und richtig aufgefaßten Begriffen vorauleuchten. Nur auf diesem Weege dürfte es sich sodann ergeben, welche von den bisher vorhandenen Instituten, und un-

ter welchen Bestimmungen sie beyzubehalten seyen? Wie weit sie der freyen Errichtung und Annahme der Individuen zu überlassen, oder in wie ferne es räthlicher sey, sie einer gleichförmigen Norm als nothwendig oder als Gegenstand der Willkühr zu unterwerfen? Man mus die Institute kennen, wie sie durch ihren allgemeinen Grundcharacter bestimmt sind, wie sie in verschiedene Gestalten und untergeordnete Zweige sich ausgebreitet haben, wie sie mit der Localität, mit dem bisherigen Zustand der Cultur und der Landwirthschaft, ja wie sie selbst mit den kirchlichen und religiösen Einrichtungen zusammenhiengen! Dis alles ist historisches teutsches Privatrecht, ist nur durch vollständiges Quellenstudium und durch richtige Induction zu ergründen, es sey nun, daß die Quellen dieser historischen Kenntnis, die Statuten hie und da als Particulargeseze abgeschaft werden, und diesem oder jenem grösseren Landrecht Plaz machen müssen, oder nicht. Nur bewahre uns der gütige Himmel vor einer neuen subsidiarischen Reception eines andern Gesezbuchs, das in subsidium wieder eines subsidiarischen Rechts, des römischen oder des canonischen Rechts, bedürfe! Und gesegnet sey vielmehr durch ein frohes Gedeyhen das Bestreben aller derjenigen, welchen die Macht gegeben ist, Gutes im Grossen zu thun, und welche es mit weiser Mäsigung, mit vielseitiger Ueberlegung und mit neuer Aneignung des mannigfaltigen Guten, was schon vorhanden war, zur Reiffe zu bringen streben!

Vielleicht bietet uns die nahe Zukunft eine Gelegenheit dar, mit dem Ende des letzten Bandes, dessen Anfangsbögen wirklich schon der Presse übergeben sind, noch einige nähere Worte über das Verhältnis des Bisherigen Privatrechts zu einer Theorie der künftigen Gesezgebung zu sagen. In der innern Beschaffenheit desselben ist im Grunde durch die neue Veränderung der öffentlichen Verhältnisse nichts verändert worden. Das Quellenstudium ist historisch das nemliche, die Quellen mögen sammt oder sonders ihre Eigenschaft als geltende Geseze beybehalten oder nicht! Die Inductionsart ist die nemliche, und das Abstractum bleibt im hauptsächlicheren Resultat dasselbe wie bisher. Auch wird es jeder, der es versteht, was das sagen will: ungewisses Recht, gerne sehen, wenn noch ein Bestreben unter den Rechtsgelehrten Statt findet, das als Theorie in den gangbaren Begriffen, im Umlaufe und bey Ehren zu erhalten, was durch die neue Ordnung der Dinge nicht aufgehoben und an sich mit derselben vereinbar ist.

Der neunte und lezte Band, der, wie gesagt, zum Theil schon unter der Presse ist, wird ehestens mit einem vollständigen Register über das Ganze nachfolgen. Stuttgart d. 20. März 1807.

Drukfehler.

Seite 197 Linie 4 del. oder.
— 201 §. 676 c. Linie 14 u. 15 statt Stiefeltern l. Stiefkinder.
— 202 §. 676. d. statt in die Stelle seze in ein Verhältniß.

Anzeige des Innhalts.

§. 665. Verschiedene Successionsformen: Primogenitur, Majorat, Seniorat, Minorat. S. 1.
§. 666. a. Bestimmung der Begriffe. S. 2.
§. 666. b. Entstehung dieser Successionsformen. S. 5.
§. 666. c. Eintheilung der Formen des Aelterrechts. S. 7.
§. 667. a. Begriffe der Primogenitur. S. 8.
§. 667. b. Fortsezung. S. 13.
§. 667. c. Begriffe des Majorats und Seniorats. S. 20.
§. 667. d. Fortsezung. S. 23.
§. 667. e. Irreguläre Primogenitur. Gemischter Majorat. S. 24.
§. 667. f. Begriff des Minorats. S. 26.
§. 667. g. Fortsezung. S. 31.
§. 667. h. Fortsezung. S. 34.
§. 668. Resultate des Bisherigen. S. 36.
§. 668. a. Aehnlichkeit und Verschiedenheit der Primogenitur, des Majorats und Seniorats. S. 37.
§. 668. b. Sonderbare Ableitung der Primogenitur aus dem Mosaischen Recht. S. 41.
§. 668. c. Eine Abart des Seniorats. S. 45.
§. 669. a. Einführungsart der Primogenitur, des Majorats u. s. w. S. 48.
§. 669. b. Fortsezung. S. 49.
§. 669. c. Fortsezung. S. 52.
§. 669. d. Fortsezung. S. 54.
§. 669. e. Fortsezung. S. 55.
§. 669. f. Fortsezung. S. 57.
§. 669. g. Fortsezung. S. 58.
§. 669. h. Fortsezung. S. 63.
§. 669. i. Fortsezung. S. 66.
§. 669. k. Fortsezung. S. 70.
§. 669. l. Fortsezung. S. 72.
§. 669. m. Fortsezung. S. 76.
§. 669. n. Fortsezung. S. 78.
§. 669. o. Fortsezung. S. 79.
§. 669. p. Fortsezung. S. 81.
§. 669. q. Lehens- oder oberherrliche Bestätigung solcher besonderen Successionsgeseze. S. 83.
§. 669. r. Lehensherrliche Bestätigung. S. 87.
§. 669. s. Fortsezung. S. 89.
§. 669. t. Fortsezung. S. 93.
§. 669. u. Fortsezung. S. 96.
§. 669. x. Fortsezung. S. 97.
§. 669. z. Fortsezung. S. 100.
§. 669. a. a. Fortsezung. S. 103.
§. 669. b. b. Fortsezung. S. 105.
§. 669. c. c. Oberherrliche Bestätigung. S. 107.
§. 670. Rechte der Nachgebohrnen. S. 110.
§. 671. a. Apagnage. S. 112.
§. 671. b. Fortsezung. S. 116.
§. 671. c. Fortsezung. S. 118.

671. d.

Vielleicht bietet uns die nahe Zukunft eine Gelegenheit dar, mit dem Ende des lezten Bandes, dessen Anfangsbögen wirklich schon der Presse übergeben sind, noch einige nähere Worte über das Verhältnis des Bisherigen Privatrechts zu einer Theorie der künftigen Gesezgebung zu sagen. In der innern Beschaffenheit desselben ist im Grunde durch die neue Veränderung der öffentlichen Verhältnisse nichts verändert worden. Das Quellenstudium ist historisch das nemliche, die Quellen mögen sammt oder sonders ihre Eigenschaft als geltende Geseze beybehalten oder nicht! Die Inductionsart ist die nemliche, und das Abstractum bleibt im hauptsächlicheren Resultat dasselbe wie bisher. Auch wird es jeder, der es versteht, was das sagen will: ungewisses Recht, gerne sehen, wenn noch ein Bestreben unter den Rechtsgelehrten Statt findet, das als Theorie in den gangbaren Begriffen, im Umlaufe und bey Ehren zu erhalten, was durch die neue Ordnung der Dinge nicht aufgehoben und an sich mit derselben vereinbar ist.

Der neunte und lezte Band, der, wie gesagt, zum Theil schon unter der Presse ist, wird ehestens mit einem vollständigen Register über das Ganze nachfolgen. Stuttgart d. 20. März 1807.

Drukfehler.

Seite 197 Linie 4 del. oder.
— 201 §. 676 c. Linie 14 u. 15 statt Stiefeltern s. Stiefkinder.
— 202 §. 676. d. statt in die Stelle seze in ein Verhältniß.

§. 665. Verschiedene Successionsformen: Primogenitur, Majorat, Seniorat, Minorat. S. 1.
§. 666. a. Bestimmung der Begriffe. S. 2.
§. 666. b. Entstehung dieser Successionsformen. S. 5.
§. 666. c. Eintheilung der Formen des Aelterrechts. S. 7.
§. 667. a. Begriffe der Primogenitur. S. 8.
§. 667. b. Fortsezung. S. 13.
§. 667. c. Begriffe des Majorats und Seniorats. S. 20.
§. 667. d. Fortsezung. S. 23.
§. 667. e. Irreguläre Primogenitur. Gemischter Majorat. S. 24.
§. 667. f. Begriff des Minorats. S. 26.
§. 667. g. Fortsezung. S. 31.
§. 667. h. Fortsezung. S. 34.
§. 668. Resultate des Bisherigen. S. 36.
§. 668. a. Aehnlichkeit und Verschiedenheit der Primogenitur, des Majorats und Seniorats. S. 37.
§. 668. b. Sonderbare Ableitung der Primogenitur aus dem Mosaischen Recht. S. 41.
§. 668. c. Eine Abart des Seniorats. S. 45.
§. 669. a. Einführungsart der Primogenitur, des Majorats u. s. w S. 48.
§. 669. b. Fortsezung. S. 49.
§. 669. c. Fortsezung. S. 52.
§. 669. d. Fortsezung. S. 54.
§. 669. e. Fortsezung. S. 55.
§. 669. f. Fortsezung. S. 57.
§. 669. g. Fortsezung. S. 58.
§. 669. h. Fortsezung. S. 63.
§. 669. i. Fortsezung. S. 66.
§. 669. k. Fortsezung. S. 70.
§. 669. l. Fortsezung. S. 72.
§. 669. m. Fortsezung. S. 76.
§. 669. n. Fortsezung. S. 78.
§. 669. o. Fortsezung. S. 79.
§. 669. p. Fortsezung. S. 81.
§. 669. q. Lehens- oder oberherrliche Bestätigung solcher besonderen Successionsgeseze. S. 83.
§. 669. r. Lehensherrliche Bestätigung. S. 87.
§. 669. s. Fortsezung. S. 89.
§. 669. t. Fortsezung. S. 93.
§. 669. u. Fortsezung. S. 96.
§. 669. x. Fortsezung. S. 97.
§. 669. z. Fortsezung. S. 100.
§. 669. a. a. Fortsezung. S. 103.
§. 669. b. b. Fortsezung. S. 105.
§. 669. c. c. Oberherrliche Bestätigung. S. 107.
§. 670. Rechte der Nachgebohrnen. S. 110.
§. 671. a. Apagnage. S. 112.
§. 671. b. Fortsezung. S. 116.
§. 671. c. Fortsezung. S. 118.

§. 671. d. Verschiedene Rechte apanagirter Herrn. S. 120.
§. 671. e. Proportion für die Apanage. S. 121.
§. 671. f. Verminderung oder Vermehrung der Apanage. S. 123.
§. 671. g. Rechte der Apanage im Concurs. S. 126.
§. 671. g. Fortsezung. S. 131.
§. 671. h. Aufhebung der Primogenitur. S. 132.
§. 672. Erbverträge unter Personen des dritten Standes. S. 136.
§. 673. Einkindschaft. (nicht ganz ausschließlich für den Bürgerstand.) S. 137.
§. 673. Theoretische Schwierigkeiten in dieser Lehre. S. 139.
§. 674. a. I. Wiedersprechende Ansichten verschiedener Rechtsgelehrten. S. 141.
§. 674. b. Fortsezung. S. 147.
§. 674. c. II. Historische Bemerkungen und Belege zur Geschichte des Instituts. S. 150.
§. 674. d. Fortsezung. S. 157.
§. 674. e. Fortsezung. S. 158.
§. 674. f. Fortsezung. S. 159.
§. 674. g. Fortsezung. S. 164.
§. 674. h. Fortsezung. S. 166.
§. 674. i. Fortsezung. S. 170.
§. 674. k. Fortsezung. S. 172.
§. 674. l. Fortsezung. S. 177.
§. 674. m. Fortsezung. S. 181.
§. 674. n. Fortsezung. S. 185.
§. 674. o. Fortsezung. S. 188.
§. 674. p. Fortsezung. S. 190.
§. 675. Begründung der Theorie selbst. S. 192.
§. 676. Begriff der Einkindschaft. S. 193.
§. 676. a. Fortsezung. S. 195.
§. 676. b. Fortsezung. S. 196.
§. 676. c. Fortsezung. S. 198.
§. 676. c. Fortsezung. S. 201.
§. 676. d. Fortsezung. S. 202.
§. 676. e. Allgemeine Bemerkungen a) über die Form der Einkindschaft. S. 204.
§. 676. f. Fortsezung. S. 212.
§. 676. g. Fortsezung. S. 213.
§. 676. h. Fortsezung. S. 216.
§. 676. i. b) den sogenannten Voraus betreffend. S. 219.
§. 676. k. Fortsezung. S. 222.
§. 676. l. Fortsezung. S. 226.
§. 676. m. Fortsezung. S. 227.
§. 676. n. Ausnahme, sogenanntes reservatum der Eltern. S. 229.
§. 676. o. Wirkungen der Einkindschaft. S. 229.
§. 676. p. Fortsezung. S. 233.
§. 676. q. Fortsezung. S. 241.
§. 676. r. Fortsezung. S. 243.
§. 676. s. Fortsezung. S. 246.
§. 676. t. Fortsezung. S. 248.
§. 677. Aufhebung der Einkindschaft. S. 249.

---

§. 665. Ver=

Bayerische
Staatsbibliothek
München

§. 665.

Verschiedene Successionsformen:

Primogenitur, Majorat, Seniorat, Minorat.

Unser Autor führt in dem zweyten Hauptstück des dritten Buchs, das nach der Aufschrift von der vertragsmäßigen Erbfolge handeln soll, unter der Ueberschrift eines Abschnitts: von den wichtigsten Arten der Erbverträge, welche unter dem hohen und niedern Geschlechtsadel üblich sind, nachdem er hier zuvor 1) von Erbverbrüderungen und 2) von Verzichtsleistungen der Töchter gehandelt hat, 3) diejenigen Verträge auf, welche Untheilbarkeit der Güter zur Absicht haben.

Er bemerkt, daß diese Erbverträge des Adels eben darum, weil sie Untheilbarkeit aller oder gewisser Güter der Familie zur Absicht hätten, natürlicher Weise eine von der Ordnung der gemeinen Rechte abweichende Successionsordnung nach sich ziehen und erhalten müsten.

Von dieser Successionsordnung nun führt er viererley Arten auf: 1) Primogenitur, 2) Majorat, 3) Seniorat, 4) Minorat. Er bemerkt dabey, daß sie nach ihrer besonderen Natur, zum Theil auch noch zu Erreichung einiger Nebenabsichten gebraucht würden.

Auch in der Grundlegung dieser Rechtslehre erkennt man den Grundcharacter, den dieses ganze Lehrbuch der Grundsäze des teutschen Privatrechts an sich trägt. Es ist eine geordnete Reyhe von Abstractionen, die von demjenigen abgezogen sind, was a potiori geschieht. Dis wird zur Regel oder als Natur der Sache aufgestellt, und dann hält es so schwer nicht mit Begründung der Theorie; was in die Abstraction nicht paßt, das ist Ausnahme.

So muste sich denn nun auch die Lehre von der Primogenitur u. s. w. unter die Erbverträge fügen, und zwar unter die Erbverträge, welche unter dem hohen und niedern Geschlechtsadel üblich sind, und Untheilbarkeit zur Absicht haben, obgleich diese verschiedenen Successionsarten auch auf andere Art als durch Verträge zu Stande kommen und eingeführt werden können, und nicht blos bey dem hohen und niedern Geschlechtsadel sondern zum Theil sogar bey Bauern üblich sind, und auch nicht durchgängig von der Absicht der Untheilbarkeit ausgehen dürften.

§. 666. a.

Bestimmung der Begriffe.

Alles kommt zuförderst auf richtige Bestimmung der Begriffe an. Man kann nemlich, sobald also keine gemeinrechtliche Erbfolge zum Grunde gelegt werden soll, welche der Veräusserlichkeit desjenigen, was einmal ererbt worden ist, den Zugang verschaft, vor allen Dingen

A) in

A) in Absicht auf das Object oder diejenigen Sachen, die einer besondern Successionsart unterworfen seyn sollen, davon ausgehen, daß

1) diese Güter a) in der Familie erhalten werden, also unveräusserlich seyn sollen, welches gewöhnlich durch eingeführte Untheilbarkeit bezweckt wird. Da nemlich absolute Untheilbarkeit nicht gerade durchgängig in allen diesen Successionsarten herrscht, wie dieses sich weiter unten klar ergeben wird, so getrauen wir uns dieselbe, ob wir sie gleich sehr häufig und bey manchen dieser Successionsarten als nothwendig erkennen, nicht sowohl als den objectiven Zweck selbst als vielmehr für ein Mittel zu dem Zweck, diese Güter bey der Familie zu erhalten, zu erklären. Hingegen erachten wir es

2) für eine generell voranzuschickende Bemerkung, daß die Gegenstände, welche einer solchen besondern Successionsart unterworfen werden sollen, eben sowohl res singulares, einzelne Güter, Capitalien, oder auch eine universitas jurium seyn können, die derjenige hinterläßt, der sie z. B. durch seine Disposition einer solchen auf Erhaltung bey der Familie abzweckenden Successionsnorm unterwirft.

a) wir nehmen sie hier noch in der generellsten Bedeutung, die das Wort bona ausdrückt.

B) In Absicht auf die Subjecte oder Personen hingegen, unter welchen eine solche Ordnung Statt finden soll, läßt sich im Allgemeinen das Unterscheidungsmerkmal denken, daß der Vorzug des Alters entscheide, wem die Güter zu Theil werden sollen, und zwar entweder für das höhere oder für das jüngere Alter. Jene Classe von Fällen wollen wir durch das Aelterrecht oder den Majorat in der allgemeineren Bedeutung bezeichnen, diese durch den Minorat oder das Jüngerrecht; ob wir gleich auch hier die Bemerkung nicht verschweigen wollen, daß mehrere Schriftsteller wie z. B. Johann Simon Seyfried a) jenen Gattungsbegriff des Aelterrechts Primogenitur im allgemeineren Verstande nennen. Termini valent ut nummi, kann man auch hier in einer gewissen Bedeutung sagen. Alles kommt doch in einzelnen Fällen, die beurtheilt und in ihre rechtlichen Wirkungen aufgelöst werden sollen, nicht sowohl auf die Namen als auf die Sache selbst an, durch welche in den einzelnen Successionsnormen gesezte Merkmale sich eine solche Successionsordnung als Primogenitur, Majorat oder Seniorat im engeren Verstande unterscheide und bestimme. Indessen haben dennoch auch wir zu jener generellen Bezeichnung des Aeltersrechts durch Majo-

a) in der schönen Abh. de jure primogeniturae consuetudine introducto. Marburg 1735. §. 2.

Majorat Beyspiele der angesehensten Schriftsteller für uns a).

§. 666. b.

Entstehung dieser Successionsformen.

Die Entstehung der Rechtssitte eines solchen Aelterrechts hat sichtbar ihren Ursprung lehnrechtlichen Begriffen zu verdanken. K. Friedrich I. verordnete auf einem Italienischen Reichstag in einem Gesez, welches II. F. 55. aufbewahrt ist, nicht nur, daß die Lehen unveräusserlich für den Vasallen seyn sollten, welches K. Lothar schon zuvor II. F. 52. verordnet hatte; sondern er sezte ausdrücklich die neue Verordnung bey: præterea Ducatus, Marchia, Comitatus, de cætero non dividantur. Aliud autem feudum, si consortes voluerint, dividatur: ita ut omnes, qui partem feudi habent jam divisi vel dividendi, fidelitatem faciant; ita tamen ut vasallus pro uno feudo plures dominos habere non compellatur. So natürlich als diese leztere ist, weil Niemand zweyen Herren dienen kann, ohne gar leicht in eine Collision der Dienstpflicht zu gerathen: eben so natürlich ist es im Gegentheil, daß ein Lehensherr vom nemlichen Lehen mehrere Vasallen zugleich haben kann, die ihm alle dieselben bestimmten Dienste leisten; es wäre dann, daß die

a) So verfuhr z. B. der Graf Friedr. Ludw. von Solms in der gelehrten Abh. de majoratu §. 4 welche zum erstenmal zu Leipzig 1729 erschien, und im J. 1779 nur wiederum neu aufgelegt wurde.

die eigenthümliche Beschaffenheit derjenigen Befugnisse, die dem Vasallen zu Lehen aufgetragen werden sollen, die Einheit Eines Subjects erfordern. Dis ist da der Fall, wo Reichshoheitsrechte in einem Bezirk, in einem Reichsherzogthum, einer Markgrafschaft oder Grafschaft in feudum gegeben würden. Hier mus die Einheit einer Individualperson Statt finden, welche aus mehreren Verwandten der ordo succedendi ausschlieslich treffen soll a). Aus einem gleichen Grunde muste, wenn nur sieben Churfürsten den römisch-teutschen Kayser wählen sollten, in Ansehung der vier weltlichen Churfürsten durch die goldene Bulle Carls IV. ein Regulativ getroffen werden, das die Einheit einer Wahlstimme in jedem Churhause für immer fixirte. Die Churstimme wurde auf ein Churland gelegt, und die Succession dem Erstgeburtsrecht unterworfen: ut postquam iidem principes electores sæculares, et eorum quilibet esse desierit, jus, vox et potestas electionis, huiusmodi ad filium suum primogenitum, legitimum, laicum; illo vero non extante ad eiusdem primogeniti primogenitum, similiter laicum, libere et sine contradictione cujuspiam devolvatur. Si vero primogenitus hujusmodi absque heredibus masculis, legitimis, laicis, ab hac luce migraret, virtute præsentis imperialis edicti, ius et vox et potestas, electionis prædictæ ad seniorem fratrem laicum

a) Vergl. Hertius de specialibus romano-germanici imperii rebus publicis, earumque diversis nominibus ac figuris Sect. I. §. 6.

laicum per veram paternalem lineam descendentem, et deinceps ad illius primogenitum laicum devolvatur a). Dieses Beyspiel wirkte unläugbar auch auf andere Häuser. Herr Runde b) behauptet sogar:

> nondum productum esse statutum, in quo vera et indubia successio linealis præscripta sit, Aurea Bulla Caroli IV. antiquius.

Aber nicht blos in Teutschland sondern auch in andern Europäischen Reichen wurde, und zum Theil schon früher zum Theil aber auch späterhin die Rechtssitte eines solchen Aelterrechts unter verschiedenerley Formen eingeführt, durch Geseze, durch Gewohnheiten und durch autonomische Verordnungen solcher Häuser selbst. In Spanien wurde es Mayorazgo oder auch Mayoradgo, im heutigen Portugall Morgado, in Frankreich Mairie oder auch Avantage genannt c)

§. 666. c.

Eintheilung der Formen des Aelterrechts.

Da jedoch dieses Aelterrecht so verschiedene Formen angenommen hat, so ist um so nothwendiger, dieselbe nach ihren wesentlichen Unterscheidungsmerkmalen unter bestimmte Begriffe zu bringen. Es lassen sich nemlich nur drey ein-

a) Aurea Bulla Caroli IV. c. VII. §. 2. sq.

b) in Diss. de confirmatione cæsarea juris primogeniturae in Familiis illustribus Germaniæ Göttingæ, 1770 §. 15.

c) Vergl. Com. a Solms l. c. §. 4.

einfache Formen dieses Aelterrechts a priori denken:

1) entweder findet dieser Vorzug Statt und fängt zuerst an unter Geschwistern entscheidend zu werden, und pflanzt sich sodann unter deren Abkömmlingen fort;
2) oder er findet Statt unter sämmtlichen nächsten und zwar gleich nahen Verwandten des Verstorbenen; oder
3) unter allen Mitgliedern der Familie ohne Unterschied des Grades oder der Linie.

Im ersten Falle ist Primogenitur, im zweyten Majorat, im dritten Seniorat vorhanden.

§. 667. a.

Begriff der Primogenitur.

Durch das Bisherige sind jedoch die Begriffe dieser dreyerley einfachen Formen des Aelterrechts noch nicht vollständig bestimmt. Es ist nur der Punkt angegeben, von welchem diese Verhältnisse unter den Personen ausgehen, und ihre unterscheidende Richtung erhalten.

A) Die Primogenitur hat nemlich

1) in Absicht auf die Bestimmung und das Verhältnis der Personen das Unterscheidende, daß sie zuerst unter Geschwistern als entscheidender Vorzug anfängt, daß unter diesen, wenn alles übrige gleich ist,

ist, der Vorzug des Alters, hier also wahrhaft die Erstgeburt bestimmt, wer succediren soll, und daß nun durch diesen Vorzug das Verhältnis der Linien nach ihrer Abkunft, und unter den Mitgliedern jeder Linie wiederum das Vorrecht des Individuums, das ausschlieslich erwerben soll, bestimmt wird. Dis heißt mit andern Worten a) und anschaulicher zu reden soviel: der Erstgebohrne und seine Linie und in dieser wiederum der Erstgebohrne gehen vor. Beym Erlöschen der Linie des Erstgebohrnen rückt die Linie des zweytgebohrnen in der nemlichen Ordnung vor, und auch das versteht sich, daß in den untergeordneten Linien es immer auf gleiche Weise fortgeht, und daß so lang in einer untergeordneten

a) Ge. Lud. Bœhmer in der Diss. de ordine succedendi ex jure primogenituræ §. 26. sagt hierüber sehr treffend: „Itaque primogenito vel ante vel post delatam successionem demortuo, ius succedendi præcipuum in ejus primogenitum eiusque descendentes tamdiu devolvitur, quam diu ex ejus linea superstes est: — nec secundogenitus ejusque linea ad successionem prius vocatur. quam linea primogeniti exstincta. Eadem est ratio juris secundogenito ex primogenitura adquisiti, ejusdemque iuris succedendi annexi, quod in lineam ejus devolvitur ita, ut nec prius, quam hac exstincta, in lineam tertiogeniti eadem prorsus ratione transeat successio.

Linie Mitglieder sind, auch hier der Vorzug der Erstgeburt oder der Abstammung von dieser entscheidet, und in keine andere Linie, die höher oben anfängt, hinübertreten kann.

Ueberdis aber gehört in diese allgemeine Bezeichnung der subjectiven Merkmale die Eigenschaft des Geschlechts nicht, weil es theils an sich möglich ist, daß eine Primogeniturverordnung besonders unter Personen bürgerlichen Standes ohne Unterschied des Geschlechts eingeführt werden könnte a), theils aber auch die Succession der weiblichen Verwandten nach erloschenem Mannsstamme einer gleichen Ordnung unterworfen werden

a) Es ist uns zwar kein solches Beyspiel bekannt, allein! wer will es widersprechen, daß der Fall einer ohne allen Geschlechtsunterschied zu errichtenden Primogenitur möglich sey, so wie es z. B. auch feuda promiscua, sogenannte gemeine oder durchgehende Lehen giebt? Auch bemerkt Hochstetter, der wenn es auf tiefeindringende Abstractionen in's Allgemeine ankommt, eine Autorität ist, die man anführen darf, in Beziehung auf den Sayn-Hachenburgischen Successionsstreit, den er erörterte:

„Die Eigenschaft des Geschlechts konnte „einen Grund zu einem Vorzug geben, der an „sich willkührlich war."

in s. Versuch über die Natur der Erstgeburtsfolge sowohl überhaupt als insbesondere des weiblichen Geschlechts. 1787 S. 29.

den kann. Sehr richtig bemerkt Runde: a)

„diese rechtlichen Grundsäze, nach
„welchen die Ordnung der Erb-
„folge beym Primogeniturrechte
„bestimmt wird, leiden auch nicht
„blos so lange Anwendung, als
„der Mannsstamm dauert, zu
„dessen Vortheil dasselbe vorzüg-
„lich eingeführt ist: sondern wenn
„einmal in der Disposition eines
„Stammvaters festgesezt ist, daß
„die Güter auch nach Abgang
„des Mannsstammes ungetheilt
„bleiben, und unter den alsdann
„zur Erbfolge kommenden Frau-
„enzimmern gleichfalls das Recht
„der Erstgeburt Statt finden soll:
„so muß auch unter ihnen bey
„jedem Successionsfalle der Vor-
„zug der Linie als die erste Re-
„gel beobachtet werden, nach
„welcher die Ordnung der Erb-
„folge zu bestimmen ist; und
„Frauenzimmer haben kein an-
„deres Primogeniturrecht, als
„Mannspersonen."

Zuverläsig gehört allem bisherigen nach die Eigenschaft des Geschlechts nicht unter die wesentlichen Merkmale in den Begriff der Primoge-

a) von der Primogeniturfolge unter den weiblichen Nachkommen §. 12. in s. Beyträgen zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände I. B. Göttingen, 1799 n. XII.

mogenitur, weil er in keinem dieser Fälle entweder einer primogenitura promiscua oder successiva aufgehoben werden würde. a)

II) In Absicht auf das Objekt hingegen nennen wir das Eintreten des Erstgeburtsrechts lediglich eine Succession, und die Ordnung der Primogenitur auch mehr nicht als einen ordo succedendi, ohne zu bestimmen, ob diese Succession eine successio titulo universali oder singulari sey. Denn es ist ohne weitere Beweise klar, daß ebensowohl eine universitas bonorum als eine praecipua illorum pars, ja sogar eine res singularis z. B. ein allodiales oder lehnbares Gut, ein Fideicommißcapital u. s. w. das Object seyn kann, über welches diese Successionsart eingeführt wird.

Hier wo es noch nicht um die Differenz dieser Verhältnisse z. B. in Absicht auf die Verbindlichkeiten des Successors zu thun ist, und wo wir blos das allgemeinste, überall zutreffende, Merkmal aufzufassen haben, mag es genug seyn, ratione objecti zu

a) Diese beyden Benennungen einer solchen Primogenitur auch für weibliche Successoren haben wir von dem Sprachgebrauch bey feudis femininis entlehnt. Vergl. z. B. Ge. Lud. Böhmers principia juris feudalis §. 125. Die Aehnlichkeit der Verhältnisse mag den Gebrauch dieser Benennung rechtfertigen.

zu sezen, daß die Primogenitur eine Succession und zwar eine ausschliesliche in dem Object oder der Sache sey, welche eben dadurch bey der Familie erhalten werden soll.

§. 667. b.

Fortsezung.

Wenn wir nun aber die Primogenitur allem bisherigen zufolge in generischer Allgemeinheit so definiren sollen, daß wir alle specielle Merkmale einzelner Arten davon ausschliessen, so können wir gerade auf die nemliche Weise, wie man bey dem Begriff des Rechts in ob- und subjectiver Bedeutung verfährt, dieselbe darstellen, 1) als ius objectiue d. h. als Norm der Succession, 2) subjective als ius succedendi nach dieser Ordnung oder Norm.

Objectiv betrachtet ist sie also diejenige Successionsnorm oder Ordnung, nach welcher zu Erhaltung des Eigenthums in einem Geschlecht die ausschliesliche Succession eines Einzelnen durch den Vorzug des Alters unter Geschwistern und ihren Linien fortgehend bestimmt werden soll.

Subjectiv gedacht hingegen kann sie nichts anderes seyn, als das durch Vorzug des Alters unter Geschwistern a) und ihren Linien sich fortsezende Successionsrecht eines Einzelnen in dem zur Erhaltung in der Familie bestimmten Eigenthum.

Auch

a) also recht eigentlich der Erstgeburt!

Auch hier zeigt sich die Wichtigkeit des Unterschieds zwischen Erbfolgeordnung und Erbfolgerecht in ihrer ganzen Klarheit. Das Gut oder die Güter, deren Succession vom ersten Erwerber hergeleitet wird, sollen bey der Familie erhalten werden. Hier sind also alle successionsfähige Mitglieder der Familie schon jezo berechtiget dereinst zu succediren. Das Gut kann durch die Succession eines Einzelnen nicht aus dem Erbgang zu ihrem Präjudiz gebracht werden. Merkwürdig ist es, wie Herr Runde in der nemlichen Abhandlung diese Verhältnisse so richtig unterscheiden, und denn doch am Ende das Princip der Unterscheidung unrichtig auffassen konnte, wenn er in der Bemerkung über den Unterschied zwischen Erbfolgsrecht und Erbfolgsordnung bey teutschen Lehn- und Stammgütern a) schreibt:

„Ihr Erbrecht (der Familienglieder:) besteht auch nicht in einer solchen leeren „Hofnung, die Güter, worinn sie dem „Stammvater die Erbfolge verdanken, „einstens zu erhalten, als etwa jeder (?) „Verwandte nach den römischen Erbfolgs-Normen hat. Sie haben schon „ein wahres Gesammteigenthum „b) an demselben, wodurch die Befugnis des jedesmaligen Besizers über solche

a) in seinen Beyträgen I. B. n. XIII. S. 420.

b) nicht condominium pro indiviso, was wir diejenigen wohl zu bemerken bitten, die es nicht begreifen können, daß es ein mehreren in der nemlichen Sache

„solche unter Lebendigen oder auf den
„Todesfall zu disponiren, sehr einge-
„schränkt wird. Ihr Erbrecht ist also
„schon ein wohl erworbenes Recht, wel-
„ches ihnen von Niemand entzogen, be-
„schränkt oder auch nur in Ansehung
„der dafür festgesezten Ordnung zu ih-
„rem Nachtheil entfernt werden kann.
„Dagegen kann eine Erbfolgshofnung
„auf Güter, die nach römischem Rechte
„der freyen Disposition des jedesma-
„ligen Besizers überlassen bleiben, durch
„jede (?) Willenserklärung desselben ver-
„eitelt werden."

Soweit ist das Meiste richtig und wahr. Wenn er nun aber weiter fortfährt:

„Es kann folglich dabey nicht eher von
„einer Erbfolgsordnung die Frage
„seyn, als nach dem erfolgten Tode
„des Erblassers; und diese trift alsdann
„allemal nur eben dieselbe Person,
welche

Sache zugestehendes Realrecht geben könne, dessen Wirkung darinn besteht, daß

1) nur einer derselben den reellen Besiz ausschließlich hat, dagegen aber

2) die andern Familienglieder das Recht haben, daß auch sie die Reyhe des reellen Besizes treffen, und der jeweilige Inhaber nichts zum Präjudiz ihres Rechts mit der Sache thun kann. Will man dieses Recht nicht Gesammteigenthum nennen, damit es nicht mit Miteigenthum verwechselt werde, was aber nur in einem Zustande confuser Begriffe geschehen könnte, so nenne man es einen rechtlichen Gesammtbesiz.

„welche zu der Zeit ein Erbrecht
„erlangt hat;"

wenn er ferner sagt:

„Bey dieser verschiedenen Bewandtnis
„liegt freylich der Unterschied zwischen
„Erbrecht und Erbfolgsordnung selbst
„schon in der Natur der teutschen Le-
„hens- und Stammgüter; und es ist
„das kein anderer, als derjeni-
„ge Unterschied, welchen die Juris-
„prudenz, in so vielen anderen Fällen
„zwischen einem zustehenden
„wohlerworbenen Rechte und
„der Befugnis zur Ausübung
„desselben — ius et exercitium ju-
„ris — macht. Die Erbfolgsord-
„nung bestimmt nur den Zeit-
„punkt, wo das schon erworbene
„und vom Stammvater hergeleitete
„Erbrecht in seinem ganzen Umfan-
„ge von Jemanden zur Ausübung
„gebracht werden kann;"

so können wir den Zweifel nicht zurückhalten, daß sobald Erbfolgerecht und Erbfolge-ordnung nur wie ius und exercitium juris verschieden sind, die Verschiedenheit selbst nicht mehr in einem specifischen Gegensaze dieser beyden Begriffe läge. Denn das Recht, das ich habe, und das ich ausübe, und ausüben kann, wenn ich will, ist ein und eben dasselbe Recht, indem ich es nicht ausüben könnte, wenn ich es nicht hätte.

So kann es jedoch nicht verstanden seyn. Es konnte nicht so gemeint seyn, daß jeder, der das

das ius habe, auch das exercitium juris habe, sondern es wird der Erbfolgeordnung das Merkmal beygelegt, daß sie den Zeitpunkt bestimme, wo das schon erworbene Recht ausgeübt werden könne.

Dis möchte nun schon hingehen, wenn nur damit erklärt würde, wie es zugehe, daß der eine nur das Recht haben, den andern hingegen auch die Ordnung treffen solle. Es wäre also höchstens eine Nominalerklärung, mit welcher man so viel besagen könnte: es sey offenbar, daß Mehrere in der Idee ein Recht hätten, das aber in der Realität nur einen treffen könne, an welchem die Reyhe sey. Bey demjenigen, an welchen nun die Reyhe käme, träfe ebendaher Recht und Ordnung zusammen, den andern Berechtigten hingegen käme nur jenes zu. Und diese ganze Darstellung würde am Ende auf weiter nichts hinaus laufen, als auf die angedeutete Wahrnehmung jenes Unterschieds.

Weit einfacher däucht es uns für die ganze Begründung dieser Lehre zu seyn, wenn wir die vorkommenden Begriffe so unterscheiden: Objectiv ist die Erbfolgeordnung diejenige Successionsordnung, welche die zur Succession berufenen Personen sowohl als die Reyhe, nach welcher sie eintreten sollen, bestimmt.

Subjectiv hingegen ist Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung im Grunde nur, wie genus und species verschieden.

Erbfolgerecht ist in jener Bedeutung das Realrecht eines jeden, zur Succes-

sion Berufenen, so wie es ihm in der Sache, die das Object der Succession ist, zukommt, es sey nun 1.) das Recht der Erwartung, die ihm nicht entzogen werden darf, oder 2.) das Recht des reellen Besizes.

Insofern wir aber das leztere zugleich als ein ausschliesliches Verhältnis des zunächst Berechtigten, den die Reyhe wirklich trift, zu allen andern Entfernteren uns denken, so kann sodann diese Befugnis, wenn man will als species mit dem Namen Successionsordnung des zunächst Berechtigten von dem generischen Begriff des Successionsrechts unterschieden werden; obwohl wir bekennen müssen, daß wir zu Vermeidung aller Verwirrung in den Begriffen durch Verwechslung der Successionsordnung im ob- und subjectiven Sinne wünschen möchten, daß diese Benennung blos in jener Bedeutung gebraucht würde.

Unbegreiflich aber ist es, wie Herr Posse a) den ganzen Unterschied zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung als eine leere Distinction verwerfen mochte.

Denn wenn wir auch zugeben, daß im Römischen Recht subjectiv kein Unterschied sey, weil nur der, den die Ordnung der Intestaterb-

a) in der Abhandlung:
Prüfung des Unterschieds zwischen Erbfolgrecht und der Erbfolgordnung in Hinsicht auf die neuesten reichsständischen Erbfolgestreitigkeiten, nebst einer Entwicklung des Begriffs von Stamm- und Fideicommißgut. Rostock und Leipzig 1796.

erbfolge trift, cui hereditas delata est, ein Erbrecht hat a), so ist doch zuverläsig bey der

B 2 Suc=

a) Selbst aber auch dis ist nicht so ohne alle Einschränkung wahr. Denn das römische Recht kennt und sezt Rechte gewisser Personen als Erben, noch ehe ihnen die Erbschaft durch den Tod des Erblassers angefallen ist, die von der Willkühr des Lezteren nicht so unbedingt abhängen, und die also nicht blos eine leere Hofnung sind, wie Herr Runde sie nennt. Man denke nur an den suus heres, an die Präterition der Kinder im Testamente des Vaters oder väterlicher Ascendenten, die eine Nichtigkeit des Testaments oder bey emancipirten Kindern wenigstens die bonorum possessio contra tabulas begründet. Man denke an die Exheredation dieser Personen so wie der andern sogenannten Notherben sine justa causa, an die Präterition solcher Notherben, die pro exheredatione ist, an die querelam inofficiosi testamenti, an den Pflichttheil und die mit diesen beyden Materien sonahe verwandte querela inofficiosae donationis. In allen diesen Fällen ist unter diesen nahe verwandten Personen doch schon bey Lebzeiten des Erblassers nicht blos eine leere Hofnung sondern ein Erbrecht begründet, d. h. eine rechtliche Erwartung, die durch testamentarische Verfügung ohne eine gesezliche Ursache nicht entzogen werden kann.

Der ganze Unterschied zwischen römischem und teutschem Recht reducirt sich auf folgende Momente:

1) ist nur die libertas testandi und in gewisser Bedeutung auch donandi beschränkt, im übrigen aber hat der Eigenthümer ein freyes Recht der Veräusserung über sein Vermögen, welches freylich bey solchen Gütern, die dem Gesez der Unveräusserlichkeit unterworfen sind, nicht Statt hat.

2) Lei=

Succession in solche Güter ein bedeutender Unterschied, welche dem Gesez der Unveräusserlichkeit unterworfen sind. Die eingeführte Successionsordnung als Norm individueller Familienverhältnisse berechtiget zu einem wirklichen Realrecht in den Gütern, die derselben unterworfen sind, für diejenigen sowohl, die zu der Erwartung des eventuellen Rechts, als die zur wirklichen Succession berufen sind.

§. 667. c.

Begriffe des Majorats und Seniorats.

Wir erkennen selbst, daß diese Erörterung des Unterschieds zwischen Erbfolgerecht und Erbfolge-

2) Leistet nach römischem Recht der Eigenthümer in diesen Fällen der rechtlichen Erwartung eines solchen nahe verbundenen Erben schon ein Genüge, wenn er ihm den Pflichttheil hinterläßt, welches jedoch bey einer Succession gar nicht eintreten kann, die ex pacto et providentia majorum hergeleitet wird, und keine Beschränkung durch den Willen des jeweiligen Besizers für den Successor zuläßt.

3) Ist freylich der Umfang solcher gesezlichen Erben, die wahrhaft eine rechtliche Erwartung haben, und nicht blos eine leere Hofnung, die der Erblasser in Erfüllung gehen lassen kann, wenn er will, enger gezogen, als bey solchen teutschen Stamm- oder Fideicommißgütern, in welchen sich die Succession als eine rechtliche Erwartung, die in die Wirklichkeit übergehen kann, und die keinem entzogen werden darf, auf alle successionsfähige Mitglieder der Familie erstreckt, die vom ersten Erwerber herstammen.

folgeordnung zwar allerdings durch das Beyspiel der Erstgeburtsfolge sich treffend erläutern lasse, dagegen aber freylich im System der teutschen Erbfolge recht eigentlich vorangeschickt zu werden verdiente. Wenn jedoch unsere Leser bedenken, daß wir das Runde'sche Handbuch als einen nun einmal ergriffenen Leitfaden des Vortrags nicht ausser Augen lassen können, so werden sie die Erörterung des gedachten Unterschieds an dieser Stelle und in nächster Verbindung mit der Lehre von der Primogenitur, durch welche sie so anschaulich erläutert wird, gerechtfertiget finden. Gehen wir nun aber

B) zu dem Majorat im engeren Verstande über, so können wir als bereits bemerkt voraussezen, daß in demselben das Verhältnis der Personen in Hinsicht auf Succession von einem andern Punct ausgehe, wodurch es seine Richtung bekommt.

Hier ist nemlich nicht blos ein Verhältnis von Geschwistern unter sich, deren Concurrenz durch den Vorzug des Aeltesten unter denselben ausgeschlossen werden soll. Der Umfang der Personen, unter welchen dieser Vorzug Statt finden soll, ist weiter gezogen. Unter den gleichnächsten Verwandten des Erblassers hat stets der Aeltere den Vorzug. Insoferne freylich die gleichnächsten Verwandten des defunctus unter sich Geschwister sind, insoferne kann es nun zwar geschehen, daß Majorat und Seniorat in diesem ersten Punct, wovon sie ausgehen, in concreto zusammentreffen. Aber durch diese

Aehnlichkeit in einem einzelnen etwa eintretenden Effect wird die übrige wesentliche Verschiedenheit nicht aufgehoben.

Sehr treffend schreibt Ge. Ludw. Böhmer a):

> in majoratu ordo succedendi determinatur per proximitatem, et inter gradu pares per majorem ætatem, nulla habita lineæ ratione. Hinc patri succedit filius, et inter plures solus natu major, eove ante patrem defuncto, filius natu secundus, non vero nepos ex primogenito defuncto: et inter defuncti fratrum liberos, omnes gradu pares, cæteris præfertur natu senior.

Der Majorat begreift also an sich in seiner Reinheit gedacht keine Linealfolge, wie die Primogenitur eine involvirt. Er sezt bloße Gradualfolge voraus, die er unter den gradu æqualibus proximioribus für einen derselben nach dem Vorzug des Alters ausschlieslich macht.

Objectiv als Norm würde er also eine besondere Modification oder Form der Gradualfolge seyn, die zu Erhaltung des Eigenthums in der Familie unter gleichnahen Verwandten des jeweiligen Leztverstorbenen Besizers mit dem Vorzug des Alters den Vorzug der ausschlieslichen Succession verbindet.

Sub-

a) in den principiis juris feudalis §. 152.

Subjectiv hingegen würde er das Vorzugsrecht des Aeltesten unter gleichnahen Verwandten des leztverstorbenen Besizers seyn, mit Ausschluß aller andern demselben in dem bey der Familie zu erhaltenden Eigenthum zu succediren. Würde hingegen

C) die Successionsordnung so bestimmt, daß weder Grad noch Linie unter den Verwandten sondern allein das Alter unter allen successionsfähigen Mitgliedern der Familie entscheiden solle, so wäre ebendamit ein Seniorat vorhanden.

§. 667. d.

Fortsezung.

Auch dieser kann mit der Primogenitur und dem Majorat zusammentreffen; es kann geschehen, daß in einer dem Seniorat unterworfenen Succession der Vorzug des Alters unter Geschwistern und ihren Linien, oder auch unter andern Verwandten, die dem Grade nach gleich sind, eintrete. Aber damit ist der ganze Unterschied auf keine Weise aufgehoben.

Objectiv bleibt vielmehr der Seniorat diejenige Norm der Successionsordnung, welche in einer Familie ohne Rücksicht auf Grad oder Linie dem Aeltesten unter allen a) die jeweilige erledigte Succession in dem Familien-

a) also weder dem primogenitus noch dem major natu inter proximiores gradu æquales sondern absolut dem Senior familiæ.

lieneigenthum zu Theil werden läßt. Subjectiv versteht es sich von selbst, daß der Seniorat nichts anders seyn könne, als das ausschliesliche Recht des Aeltesten unter den successionsfähigen Mitgliedern einer Familie in einer eröfneten Succession.

§. 667. e.

Irreguläre Primogenitur. Gemischter Majorat.

Denken wir uns aber den Fall, daß in dergleichen Familiengesezen, welche die Succession nach einem Vorzug des Aelterrechts bestimmt wissen wollen, es der Zweck des Stifters solcher Geseze sey, sich nicht gerade nach aller Strenge an eine dieser drey einfachen Formen zu binden, so kann und mus dadurch eine Verbindung einzelner Grundzüge aus diesen verschiedenen Formen entstehen. Eine solche zusammengesezte Form wird nun entweder eine gemischte Primogenitur oder ein maioratus mixtus genannt.

So sagt der Graf von Solms a), wenn er zuerst von der reinen Primogenitur redet:

> vocat ius primogenituræ ætate majorem, sive primogenitum filii primogeniti, et sic successive omnes reliquos ab ipsis descendentes in infinitum, respectu lineæ. Et proinde linea prima tantisper excludit secundam, secunda tertiam et vic porro, quamdiu ex ea supersunt

a) in der Abh. de majoratu §. 6.

sunt successionis capaces. Constituit itaque quilibet filius primogenitus suis descendentibus ipse quoque lineam ad exclusionem secundogeniti et ejus lineæ, et iste ad exclusionem tertio geniti et sic deinceps.

Im §. 17. hingegen sagt er:

majoratus mixtus est ius succedendi, quo hereditas defertur ei, qui ætate major est, habito primum ad lineam, eaque exstincta ad ætatem tum ad gradum respectu. Vocatur hoc majoratu primum natu major familiæ, vel descendentium alicujus, et post primo loco admissum ejus filii et descendentes ordine lineali, servata gradus prærogativa; deficiente autem successore sine prole aut exstinctis descendentibus primi vocati, non attenditur inter transversales gradus proximitas, sed solummodo ætas major, admittendo, quando fieri debet transitus de linea in lineam, non proximiorem, in gradu et inter existentes in gradu æquali, natu majorem, prout in regulari majoratu, sed natu majorem de linea vel descendentia a) universim considerata, ita tamen, ut majoratus ejus quoque

 descen-

a) daß wir diese Stelle nicht ihrer Latinität wegen gewählt haben, mit der es der Herr Graf so genau nicht genommen haben mag, das wird uns jeder Leser auf's Wort glauben!

descendentes sequatur ex gradu. In hac proinde specie obtinet regula: quod si majoratus est ingressus lineam, succedat filius ultimi possessoris, si non est ingressus, succedat major, v. gr. patruus excluso nepote.

Auf alle Fälle wird bey einem solchen vermischten Majorat oder, wie der Autor sie nennt, einer irregulären Primogenitur es stets zuerst auf dasjenige ankommen, was in concreto wirklich statutarisch verordnet ist; sodann aber wird bey einzelnen Puncten darauf zu sehen seyn, inwieferne dieselbe ihrer Natur nach dieser oder jener einfachen Succeſſionsform noch angehören, ohne durch die Vermischung aufgehoben worden und in ein drittes Compositum übergegangen zu seyn. Ob nun alsdenn die Beurtheilung zunächst aus diesem genommen werden könne, oder aber durch Auflösung einer solchen Composition in ihre einfachen Bestandtheile geschehen müsse? darauf wird es ankommen. Aber um dieses richtig zu erkennen, dazu kann einzig eine auf richtigen Begriffen beruhende Theorie die Handhabe aller hermineutischen Kunst seyn.

§. 667. f.

Begriff des Minorats.

Wenn nun aber von dem A. in den noch ferner zu verfolgenden §§. 666 und 667. der Minorat als die vierte species von Verträgen, welche Untheilbarkeit zum Gegenstande hätten, angeführt wird, so trift denn doch dieser

dieser Zweck der Untheilbarkeit nicht durchaus bey dem Minorat zu. Es kann nemlich ein Minorat sogar zugleich mit einer Theilung des Familienguts eingeführt werden, und alsdann ist vielmehr seine Absicht, diese Theilung zu erhalten. Der Freyherr von Cramer a) behauptet sogar:

> Finis ultimus minoratus est conservatio et splendor familiæ in duabus personis ad regimen evectis et inde descendentibus stirpibus. Intermedius seu subordinatus evitanda bonorum consolidatio.

Ja er fährt in dem folgenden §. weiter fort:

> quoniam itaque consolidatio bona antea divisa supponit; minoratus bona inter plures eiusdem familiæ divisa supponit, eorundemque divisionis conservandæ medium est.

Nun mag es zwar allerdings diesem Schriftsteller, der offenbar einen im dem Hause von Promniz vorgekommenen Rechtsfall vor Augen hatte, begegnet seyn, daß er sein System, das er auf gut Wolfisch ganz consequent aus seiner Definition des Minorats heraus zu spinnen wuste, und das richtig zutraf, sobald man ihm seinen Begriff zugab, dessen unerachtet dennoch von einem einseitigen Standpunct aus errichtet hätte, indem sich denn doch auch Beyspiele eines offenbaren Minorats vorfinden, in welchen

a) in der von dem A. §. 667. n. f. alleg. Abh. de minoratu §. 9.

chen Untheilbarkeit des Erbguts bezweckt wird. Denn so ist es wirklich nicht zu läugnen, daß z. B. auf dem Schwarzwalde bey untheilbaren Erblehen und Hofgütern das sogenannte Vorzugsrecht oder die Vorsizgerechtigkeit zu Gunsten des jüngsten Sohnes Statt hat, welcher sodann seine übrigen Geschwister pro arbitratu bonorum virorum oder nach gerichtlicher Schäzung mit Geld oder auch mit einem Leibgeding abfertiget a).

Der in der N. a. angeführte Schöpf führt weiter an, daß dieses auch in Sachsen an vielen Orten einigermassen (das heißt wohl mit allerley verschiedenen Modificationen?) gewöhnlich sey:

„quod nempe juniori filio competat
„jus retinendi bona paterna, et co-
„hæredibus satisfaciendi in pecunia,
„quod ius vulgo die Chur-Hohegerech-
„tigkeit appellant."

Ebenso führt derselbe aus mehreren allegirten Schriftstellern an, daß diese Rechtssitte im Elsaß, im Oldenburgischen und in Jevern eingeführt sey. Das nemliche bezeugt Gottfr. Christ. Leyser b). Und das Ostfriesische Landrecht c) verordnet wörtlich: „de

a) Besold in dem thesaurus practicus voce: Chur und Vorsizgerechtigkeit.

Schöpf decisiones et resolutiones selectissimæ Ulm 774. Dec. XIII.

b) im jus georgicum lib. I. c. 30.

c) im II. B. 88. Kap. S. 396 nach der Ausgabe des gelehrten Matthias von Wicht. Aurich 1746. 4.

„de jüngeste Broeder behoret den Hert
„to besitten und nicht de oldeste. Woir
„Broeder sinnen, so besitt de jüngeste
„den Hert, unde gifft dem oldesten Broe-
„der dair so voele entgegen; is Lant-
„recht.“

Tilemann Conring a) welchen Wicht in der Note p. zu dieser Stelle neben andern b) anführt, bemerkt auch ganz richtig, daß diese Rechtssitte nicht mit derjenigen zu verwechseln sey, ubi major dividit, minor eligit, welche er und viele ältere Rechtslehrer aus dem c. I. X. de parochiis et alienis parochianis auf eine ganz abentheuerliche Weise herleiten c).

Selbst in Frankreich soll diese nemliche Rechtssitte unter dem Namen Maisneté bestanden haben, wie dieses aus den älteren Wörterbüchern erhellet, die sich auf das glossaire du droit françois von Rageau beziehen.

Selten mus übrigens diese Sitte in Frankreich gewesen seyn, und weit seltener als das sogenannte droit d'ainesse oder die Primogenitur, von welcher der gelehrteste unter allen neue-
ren

a) in der Diss. (præs. Joh. Strauch Jena 1674.) de jure fratrum §. 28.

b) diese Schriften sind: Conr. Erasm. Ling de statutaria fratris junioris prædium possidendi prærogativa. Groningæ 1716.
Matth. von Wicht de origine et causa statuti Ostfrisici, quo fratri minori sedes paterna præ majoribus natu possidenda in successione relinquitur. ibid. 1624.

c) Conring s. Strauch a. a. O. §. 19. 20. ibique cit. auct.

ren Commentatoren dieser Art Hervé a) vollständig gehandelt hat, ohne jene auch nur mit einem Worte zu berühren.

Dem sey nun aber auch wie ihm wolle, uns genügt es hier blos durch eine Sammlung wirklicher Beyspiele zu bewähren, daß es Minorate giebt, wo offenbar Untheilbarkeit, in andern hingegen, wo eine geschehene Theilung, deren Consolidation verhindert werden soll, zum Grunde liegt. Durch dieses bestätiget sich dasjenige, was wir oben (§. 665) bereits bemerkt haben, daß nicht alle diese angeführte Successionsarten auf den absoluten Zweck der Untheilbarkeit des Erbguts gerichtet sind. Wohl aber dürfen wir, selbst auch in den Fällen, wo eine Theilung geschehen, und wo der Zweck offenbar dieser ist, daß zwey Linien so lange wie möglich neben einander im Flor erhalten werden und sich fortpflanzen mögen, das annehmen, daß auch hier Güter zum Grunde gelegt werden, welche unveräusserlich in der Familie erhalten, und vertheilt, wie sie einmal sind, keiner weiteren Theilung unterworfen werden sollen. Wie nun aber allem Bisherigen zufolge der Begriff des Minorats in seiner Allgemeinheit so zu fassen sey, daß die specifische Verschiedenheiten der Bestimmung der verschiedenen Arten überlassen bleiben? Davon ist nun zunächst die Frage.

§. 667.

a) in seiner Theorie des matières feodales et censuelles à Paris 1785 in 7 tom. an verschied. Stellen im 1. u. 7. Th.

§. 667. g.

Fortsezung.

Zur Abstraction des generischen Begriffs mag indessen die Aufzählung der beyden Arten des Minorats, die wir im Grunde schon angeführt haben, dienen. Diejenige, bey welcher nur eine Succession und zwar zum Vortheil des jüngeren unter den Geschwistern gesezt wird, lassen die Rechtslehrer selbst auf die weitere Descendenz des Begünstigten Jüngern übergehen, wenn dasselbe vor den Eltern gestorben seyn würde a). Freylich ist auch hier eine Einmischung von römischen Repräsentationsrechtsbegriffen, welches ius repraesentationis in linea descendenti in infinitum Statt habe. Wir würden jedoch, wo nur immer die Succession eines Individuums möglich ist, wenn der Minorat als solcher fortdauren soll, kein ius repraesentationis, das auch in stirpes bey remotioribus geht, sondern eine Linealfolge nach Minoratsrecht zulassen, und folglich, wie in der Primogenitur dem Erstgebohrnen des Erstgebohrnen und so fort, hier umgekehrt dem Jüngstgebohrnen und wiederum dessen jüngstem Sohne zugestehen. Hier wäre sodann der Minorat offenbar nichts anderes, als eine umgekehrte Primogenitur in der ausgedehntesten Bedeutung. Reichte sie aber auch in strenger Consequenz nicht bis in eine Linealfolge nach Jüngerrecht hinüber, (wie wir dann nirgendswo ein Beyspiel von dieser Art gefunden haben:) so wäre sie wenigstens auf der ersten Stufe der Suc-

a) Vergl. Schœpf cit. select. dec. XIII. n. 26.

Succession der Vorzug des jüngeren Bruders vor den älteren, und auch schon insoferne der Gegensaz der Erstgeburtsfolge, nur mit dem Unterschiede, daß sodann, wie bey Schöpf ausgeführt ist, römisches Repräsentationsrecht an die Stelle der weiteren Linealfolge bey der Descendenz des zuvor verstorbenen minoris natu einträte, oder wenn doch dieses Repräsentationsrecht nur einen begünstigte, bey der Succession desselben die Sache wieder von vornen anfienge.

Denken wir uns hingegen den Fall, wie ihn Cramer in der angeführten Abh. de minoratu a) vorausgesezt hat, daß nemlich der Stifter eines solchen Hausgesezes seine Güter in zween Theile vertheilt, in dem ersten Majorat und in dem zweyten Minorat eingeführt, und verordnet hätte, „daß zu dem Minorat „allemal der jüngste Bruder oder der von der „Succession im Majorat am weitesten entfern„te Vetter ordine retrogrado gelangen," und eine Consolidation erst in einer dritten Linie unter gewissen Voraussezungen Statt finden sollte, so würde also das Minoratsgut hier offenbar nach dem geraden Gegensaz des Majoratgutes vererbt worden seyn b).

Wir

a) in s. opusculis Tom. I. n. IX. und in dem supplementum opusculorum. Ulm 1767. n. XII.

b) Joh. Gottl. Christ. Heineccius in seinen consiliis, decisionibus et responsis juris Wratislaviæ 1744, resp. X. der als Cramers Gegner auftrat, widerspricht nicht sowohl die Theorie desselben vom Minorat, als vielmehr einen factischen

Wir lassen die Wahrheit des Factums, das Cramer voraussezt, dahin gestellt seyn, obgleich sie uns dem ganzen Zusammenhang nach ausser Zweifel zu seyn scheint, und nehmen aus jener Erörterung nur so viel als gegebene rechtliche Thatsache, als ein Factum der Theorie an, daß es auch einen Minorat geben könne, der das rein Entgegengesezte des Majorats ist.

Wir hätten somit einen Minorat, der das Gegentheil der Primogenitur und einen solchen, der dem Majorat entgegengesezt wäre. Und nun wäre die Frage zur Entscheidung reif: worinn denn also der allgemeine Begriff eines Minorats bestünde? Herr von Cramer a) giebt denselben also an: minoratus ordo succedendi dicitur, vi cujus inter plures collaterales natu minor continuo succedit. Und damit hätten wir wenigstens einen objectiven Begriff in einer gewissen Allgemeinheit. Auch ist man zuverlässig dadurch wenigstens besser berathen, als z. B. durch die Beschreibung, die Herr Runde von dieser Rechtssitte macht, wenn er §. 667 von derselben mehr nicht als dieses sagt:

„Die Minoratfolge begünstigt den Jüngsten, oder Jemanden aus der jüngsten Linie des Hauses, nach einer festgesezten Ordnung, welches wiederum Primogenitur oder Majoratfolge seyn kann.“

Diese

schen Punkt, den er mehr in eine quæstionem voluntatis des Stifters mit Umgehung der allgemeinen Theorie der Minoratslehre aufzulösen sucht.

a) cit. tr. de minoratu §. 8.

Diese leztere Bemerkung mag nun allerdings richtig seyn. Der Fall läßt sich denken, daß auch in einem stets für die jüngere Linie bestimmten Gute die Primogenitur entscheiden solle a). Aber diese beyden Bemerkungen, wie sie einzeln dastehen, erschöpfen den Begriff der Sache nicht, geben ihn nicht in seiner totalen Allgemeinheit zu erkennen.

§. 667. h.

Fortsezung.

Mit allem diesem aber getrauen wir uns doch der Cramerischen Definition nicht gänzlich beyzutreten, weil sie ein Merkmal enthält, das in manchen Fällen nicht eintritt, ohne daß dadurch der Begriff des Minorats aufgehoben würde. Natu minor c o n t i n u o succedit; sagt derselbe, und eben dieses continuo ist es, dessen Nothwendigkeit in dem Begriff des Minorats wir bezweifeln. Denn wenn wir auch nur z. B. den einzigen Fall nehmen, wo der Minorat entweder nur auf den lebenden Jüngsten sich erstreckte, oder wenn er auch noch weiter wirkte, auf den Fall des früheren, vor dem Erblasser erfolgten, Ablebens desselben eine Succession nach Repräsentationsrecht begründete, so wäre ein Minorat da,

a) Cramer l. c. §. 9. bemerkt: de D e l p h i n a t u speciatim notatu dignum, quod refert L e i b n i t i u s (in præfat. ad Cod. jur. gent. diplom.), ipsum ab Humberto Delphinorum ultimo in regiam Galliæ familiam ea lege a. 1343 translatum fuisse, ne unquam regi ipsi aut primogenito eius vel regni heredi obveniret, sed alteri proximo.

da, wobey nicht gesagt werden konnte, daß kraft desselben ein minor continuo succedire. Dieses wäre da sogar gedoppelt der Fall, wo, wie z. B. auf dem Schwarzwalde entweder der jüngste Sohn, oder wo keine Söhne oder männliche Erben da sind, die älteste Tochter in Gemäsheit jener Rechtssitte succedirt a). In der einfachsten allgemeinsten Abstraction würden wir daher einzig davon ausgehen, daß der Minorat diejenige Successionsnorm oder Ordnung sey, kraft welcher unter mehreren Seitenverwandten der Jüngste am Alter den Vorzug hat.

Nun mögen denn die beyden Unterarten folgen, wo entweder unter Geschwistern wie in der Primogenitur, oder überhaupt unter Seitenverwandten der Jüngste succedirte. In diesem und in jenem Falle liessen sich allerley Ab- und Unterarten denken. Von jenem Falle haben wir so eben die Modification angeführt, nach welcher der Minorat beym Sohne auf die bedingte Alternative mit der ältesten Tochter gestellt ist. Bey dem leztern Falle, wo der Minorat im Grunde wahrhaft ein umgedrehter Majorat ist, könnte es sich sogar ereignen, was Cramer als ein wesentliches Merkmahl aber offenbar seinem Fall zu lieb aufnimmt, daß der Minorat zugleich eine Succession wäre, die in paralleler Linie einem Majorate gegenüber errichtet wäre, und ihm mit so viel möglich verhinderter Consolidation der beyderley Güter zur Seite gehen sollte. Auch liesse sich, wie der A. bemerkt, der Fall denken, daß ein solcher Minorat innerhalb

a) S. Schöpf a. a. O.

der jüngeren Linie sogar z. B. eine Primogenitur in sich schlösse. Damit aber würde sich zugleich der Begriff eines majoratus mixtus oder einer irregulären Primogenitur, den wir oben (§. 667.) angeführt haben, erweitern. Es würde nemlich nicht nur eine Zusammensezung mehrerer einfachen Formen des Aelterrechts sondern auch eine Mixtur des Alter- und Jüngerrechts, die in concreto eingeführt wäre, denkbar seyn.

§. 668.

Resultate des Bisherigen.

Wer es versteht, was in der Theorie daran gelegen ist, richtige und bestimmte Begriffe von den einzelnen Rechtsverhältnissen zu haben, die noch dazu, obgleich positiven Ursprungs, dennoch nicht positiv bestimmt sind, der wird, wenn er auch unser Bestreben diese Begriffe genauer auf's Reine zu bringen, nicht gelungen finden sollte, dennoch wenigstens die Richtung desselben nicht tadelnswürdig finden.

Einstweilen bis andere uns etwas besseres geben, gehen wir nunmehro davon aus, daß

I) alle diese Successionsformen nicht blos durch Verträge errichtet werden, und also der Vertragserbfolge nicht ausschlieslich angehören.

II) daß sie nicht bloße Successionsformen des hohen oder niedern Adels sind, da sie auch beym Bürgerstande nicht ausgeschlossen sind, und sogar

bey

bey Bauern zum Theil wirklich Statt haben.

III) daß sie nicht indistincte und absolut Untheilbarkeit des Familieneigenthums zum Zweck haben, wohl aber auf alle Fälle Erhaltung desselben in der Familie, zu welcher jene sich allerdings und häufig wie ein Mittel zum Zweck sich verhält.

IV) würden wir die Uebersicht aller dieser Formen im System also classificiren:

α) einfache Successionsformen

A) nach Aelterrecht:

1) Primogenitur,

2) Majorat,

3) Seniorat.

B) nach Jüngerrecht: Minorat.

1) entweder unter Geschwistern (gleich als umgekehrte Primogenitur.)

2) oder unter mehreren Verwandten (umgekehrter Majorat.)

β) Zusammengesezte Formen

1) des Aelterrechts unter sich,

2) des Aelterrechts mit dem Jüngerrecht.

§. 668. a.

Aehnlichkeit und Verschiedenheit der Primogenitur, des Majorats und Seniorats.

„Am nächsten sind Primogenitur- und Majoratfolge miteinander verwandt; und wirken „so genau zu gleichem Zwecke, daß man auch „wohl beyde mit einerley Namen bezeichnet „hat;" so fährt der A. in dem §. 668. fort. Warum Majoratfolge und Primogenitur näher als Seniorat und Majorat miteinander ver-

wandt seyn sollen? Dis sind wir nicht vermögend einzusehen. Verwandt sind sich verschiedene Rechtsinstitute untereinander, wenn sie im Object oder im Subject, oder durch beydes in einem zusammengesezten Effect miteinander zusammentreffen.

Im Object sind sich Primogenitur, Majorat und Seniorat gleich. Bey allen liegt ein Eigenthum zum Grunde, das bey der Familie und zwar unzertheilt erhalten werden soll.

Im Subject sind sie alle drey unter sich darinn gleich, daß unter Gliedern einer Familie, welche sämmtlich die Reyhe der Succession treffen kann, nur Einer dieselbe bekommt. Auch darinn kommen sie überein, daß der Vorzug des Alters entscheidet, wer dieser Eine seyn soll. Und nur darinn sind sie verschieden, daß die Erstgeburt unter Geschwistern, der Majorat unter den gleich nächsten, der Seniorat hingegen unter allen Verwandten entscheidet.

Aber es kann sich treffen, daß Seniorat und Primogenitur sogar in einem vorkommenden Fall zusammenfliessen, und nicht blos Majorat und Primogenitur. Wenn der Aelteste unter den Verwandten überhaupt im Seniorat den Vorzug hat, so ist der älteste Bruder ebensowohl senior als primogenitus. Und eben so ist der Seniorat, wenn er gerade unter lauter gleich nahen Verwandten einträte, dem Majorat in diesem Punct vollkommen gleich.

Ja wenn es auch geschehen ist, daß man Majorat und Primogenitur mit einerley Namen nicht selten bezeichnet hat, so bemerken wir dabey nur dieses: 1) sind die Benennungen selbst

bey

bey weitem nicht so alt, als die Unterscheidungen der verschiedenen Successionsarten. Die Namen Primogenitur, Majorat u. s. w. sind als Zeichen bestimmter Begriffe erst das Product der Abstraction, das man nun in die Theorie förmlich aufnahm. 2) Werden in dergleichen Successionsgesezen und vorzüglich in älteren Zeiten nur die Personen bezeichnet, durch deren Eintritt und Folge auf einander die Successionsart selbst bestimmt werden soll; hiebey werden die Ausdrücke senior, major natu, primogenitus, antiquior u. s. w. gebraucht, bis erst allmählich diese Successionsformen sich durch die bestimmtere Richtung herrschender Begriffe unterschieden, und nun die verschiedenen Benennungen darauf angewandt werden konnten. So verordnet z. B. König Carl von Sicilien in seinem Testament vom J. 1308:

> si nullus de filiis nostris superesset, substituimus unum de nepotibus nostris, eum quidem, qui ex nostro m a j o r e n a t u filio p r i m o g e n i t u s esset: et si e m a i o r e n a t u non superesset masculus, substituimus p r i m o g e n i t u m ex alio nostro filio sequenti, et super ordinem de sequentibus filiis nostris, si de priore non superesset masculus, servato ordine quo supra in casu ipso, nepos ex majore natu filio nostro tunc superstes aliis nepotibus ex sequentibus nostris filiis præferatur a).

a) Leibniz in Cod. jur. gent. dipl. p. 51.

Mehrere Beyspiele hat Hofacker a) fleissig gesammelt und sorgfältig gesichtet. Eben dieser Schriftsteller bemerkt unserer Ueberzeugung nach sehr treffend:

Adjuvit quam maxime hos conatus subsequentis sæculi, et provida amplificandis familiis cura, et superstitis. Senserunt enim indies, quantum consuleretur Splendori gentilitio conservando eo proposito, Germaniæ Proceres, idque studium ineunte sæculo XVI. mirifice ad rationes politicas efformatum fuit: cui quidem promovendo enata quasi videtur illius ævi superstitiosa opinio, ac si ex publica sanctione legum feudalium Longobardicarum, qua principatus dividi prohiberentur, imo vero lege quoque divina, individua terrarum germanicarum indoles et majoris ætate successio constituta esset b).

Auch bestätiget sich wirklich die Bemerkung, daß diese Succeßionsnormen, welche die Succeßion eines Einzigen zum Ziele hatten, immer mehr in die Formen der Primogenitur übergiengen, wozu das Beyspiel der ersten Fürstenhäuser

a) in der Diss. de originibus et fatis successionis ex jure primogenituræ in familiis illustribus Germaniæ Gœttingæ 1771, welche in seinen opusculis juridicis Stuttgardiæ 1804, die sein Sohn Herr Cabinetssecretär Ludw. Friedrich Hofacker herauszugeben angefangen hat, n. 1. sich vorfindet.

b) §. 68. l. c.

ser Teutschlands, der Churfürstlichen, unläugbar sehr vieles beygetragen haben mag, wie es in der Goldenen Bulle Cals IV. für dieselben mit unverkennbaren Grundzügen längst eingeführt worden war.

Ob aber daraus, daß nun die Mehrheit der teutschen Häuser des hohen Adels die Primogenitur befolgt, jedoch nur jedes Haus im Einzelnen für sich und seine individuellen Verhältnisse dieselbe eingeführt hat, nunmehro die Regel abstrahirt werden könne, welche Herr Runde in dem §. 668 anführt, „daß nemlich die „Majoratsfolge unter dem hohen Adel jezt nicht „mehr zu vermuthen, sondern zu erweisen sey?" Dis möchten wir um deswillen nicht als ein nächstes Regulativ der Beurtheilung für vorkommende Fälle aufstellen, weil denn doch alles zunächst auf das vorliegende Concretum ankömmt, zu welchem der Rechtsgelehrte gar leicht eine solche Regel als eine Art von Vorurtheil auf die Gefahr hin mitbringen könnte, seine ganze unbefangene Ansicht der Sache zu verlieren, welches in keinem Theil der Rechtswissenschaft von so nachtheiligen Folgen seyn kann, als in dem teutschen Recht.

§. 668. b.

Sonderbare Ableitung der Primogenitur aus dem Mosaischen Recht.

Wir haben übrigens oben bey der Entstehung der Primogenitur des Einflusses nicht erwähnt, den vielleicht hie und da das Beyspiel des Erstgeburtsrechts, das wir im Mosaischen Rechte a) fin-

a) Gen. 27 v. 29. u. 37. Devt. 21. v. 17.

finden, gehabt haben dürfte. Ursprünglich mag wohl der Einfluß dieses Beyspiels oder dieser Autorität als eines juris divini nicht wirksam gewesen seyn. Selbst in der goldenen Bulle, die sonst so reichhaltig an religiösen Ideen ist, die die sieben Churfürsten als die septem candelabra lucentia in unitate spiritus septiformis darstellt, findet sich nicht die mindeste Spuhr einer Beziehung auf dieses Beyspiel der alten Welt. Hervé in seiner Theorie des matiéres féodales et censuelles a) bemerkt auch ganz richtig:

> quoique le droit d'ainesse ou de primogéniture soit plus ancien que la Monarchie Française, puisqu'il en est fait mention dans plusieurs endroits de la loi de Moyse, néanmoins il ne s'est introduit parmi nous qu'avec l'héréditе des fiefs. On ne le connoissoit point sous la première race de nos Rois. Les alleux se divisoient de même, (la loi salique tit. 62 et la loi des Ripuaires tit. 56, qui fixent la manière de succéder aux alleux, ne donnent aucun avantage à l'ainé:) et les fiefs amovibles ou à vie, n'étant pas un objet de succession, ne pouvoient pas être un objet de partage. Mais quand ils furent héréditaires, le droit d'ainesse s'établit dans la succession des fiefs, et par la même raison, dans celle de la Cou-

a) Tom. I. p. 209.

Couronne, qui étoit le grand fief, le fief par excellence. Les fiefs étans alors chargés d'un service, il falloit que le possesseur fut en état de le faire. On établit un droit de Primogéniture, et la raison de la loi féodale, dit M. de Montesquieu (esprit des Loix livr. 31. chap. 33.) força celle de la loi politique ou civile.

Ob wir nun gleich den leztern Saz, daß nemlich die Lehen überhaupt als untheilbar angesehen und der Erstgeburtsfolge unterworfen worden seyen, nicht so unbedingt unterschreiben, und denselben lieber auf feuda Dignitatum nach Maasgabe des liber feudorum beschränken möchten, so sind wir wenigstens davon überzeugt, daß die Rechtssitte der Primogenitur, so wie sie auf uns gekommen ist, lehenrechtlichen Verhältnissen und Begriffen ihren Ursprung zu verdanken habe. Mag immerhin in der Folge hie und da ein Stifter eines solchen Successionsgesezes oder sein Concipist auf das ius divinum sich berufen haben, wie Hofacker a) das Beyspiel eines Grafen von Sayn aus dem Ende des XVI Jahrhunderts anführt, so beweist dis seiner Natur nach den aus religiösen Begriffen hervorgehenden Ursprung jener Rechtssitte noch lange nicht. Auch ist es als Berichtigung einer unter den alten Juristen doch wenigstens gewöhnlichen Vorstellungsart bemerkenswerth, daß die Erstgeburtsfolge selbst bey den Juden nicht eine ausschließliche für den ältesten Sohn

a) in der angef. Abh. §. 68. n. u.

Sohn war, der nur das Haupt der Familie mit einem doppelten Erbtheil wurde. Insbesondere aber hat Michaelis a) bemerkt, daß selbst die Succeßion des Thronfolgers nicht so unbedingt an diese Form gebunden gewesen sey, wie dieses aus dem Beyspiel Davids erhelle, der den Sohn der Bathseba, ob er gleich nicht sein erstgebohrner war, aus bekannten Gründen zu seinem Nachfolger ernannte.

Wir führen dis nur darum an, um zu zeigen, wie selbst in dergleichen Derivationen aus dem hohen Alterthum nicht immer die gröste Genauigkeit, sondern vielmehr eine Art von traditionsweiser Meinung herrschte, und können nicht umhin, um des Contrastes willen mit den Begriffen der heutigen Zeit eine interessante Notiz anzuführen, welche der Ritter Michaelis, dieser Mann von eben so weit umfassender Gelehrsamkeit als scharfem Verstande, ebendaselbst beygesezt hat. b)

§. 668. c.

a) in s. Mosaischen Recht I. Th. §. 60.

b) Er sagt daselbst: „Wer etwas ganz ausnehmend „interessantes von der Frage lesen will, ob es „nicht gut sey, daß der Monarch seinen Nachfolger bestimmen könne, wird es in Büschings „Magazin für die neue Historie III. Th. S. 185 „ff. finden. Ein Gesandter erzählt in einem dort „gedruckten Briefe, was Peter der Grosse über „diese Materie mündlich und mit Eifer und Zuversicht geäussert hat. Peter der Grosse war sel„dafür, daß der Monarch den würdigsten zum „Nachfolger solle bestimmen können; und der Ge„sandte sehr dagegen, und für die unabänderliche „Erbfolge. Das schöpferische grosse Genie, und

§. 668. c.

Eine Abart des Seniorats.

Nicht zu übersehen aber ist, indem wir noch bey der Vergleichung dieser angeführten verschiedenen Rechtssitte verweilen, die Bemerkung, daß der Fall einer eigentlichen Senioratfolge, nach welcher dem Senior familiæ das ausschliesliche Successionsrecht zu Theil würde, unter dem hohen Adel in Teutschland ein sehr seltenes Beyspiel seyn dürfte. Weit weniger selten aber ist der Fall, wo ein solcher Seniorat blos bey solchen Gerechtsamen Statt findet, in welchen man es für nothwendig erachtet hat, daß einer die iura des gesammten, in mehrere Linien getheilten, Hauses vertrete. Und hier ist es nun auch ganz gewöhnlich, daß die mit einem solchen Seniorate verbundenen Güter als eine Vergeltung des bey der Ausübung solcher Gerechtsamen erforderlichen Aufwandes bestimmt werden. So bemerkt z. B. Mich. Conr. Curtius a) von dem Fürstlichen Hause Anhalt:

„Bey

„ die aus vieler Geschichte kultivirter Nationen gesammelte Erfahrung stritten hier miteinander.
„ Die leztere hatte doch gewiß Recht, und die
„ Historie des Russischen Reichs beweiset dis selbst.
„ Gerade auf Davids Exempel bezieht sich auch Peter der Grosse, er war aber nicht Bibelvest genug, die Folgen, die es unter David gehabt hatte, und die Abschaffung des gefährlichen Rechts
„ zu wissen, und der Gesandte auch nicht, sie ihm
„ zu sagen. “

a) in seiner Geschichte und Statistick der weltlichen churfürstlichen und altfürstlichen Häuser in Teutschland im XII. Hauptst. §. 24.

„Bey allen Anhaltischen Linien ist das Recht „der Erstgeburt eingeführt. Der Senior unter den regierenden Fürsten hat „verschiedene Vorrechte. Er ist „der Lehnträger für das gesammte Haus, „führt die Stimme auf Reichs- und Crais„tagen, verleyhet verschiedene Lehen an „Grafen und Herrn, schreibt die Landta„ge aus, sorget für die Unterhaltung des „Cammergerichts. Zur Bestreitung dieser „Kosten werden aus den Gernrodischen „Einkünften jährlich 4000 Thaler an den „Senior bezahlt."

Ein merkwürdiges Beyspiel aus dem Hause Braunschweig von der Zeit, da es noch in mehrere Linien getheilt war, führt Joh. Aug. von Berger a) an:

nemo non ignorat, quam graviter Georgius Guilielmus, Lineæ Cellensis ultimus, Jus senioratus etiam contra Lineam Seniorem Guelpherbytanam fuerit tuitus, et negotia circuli imprimis curarit. Itaque tum verissima Majoratus, a Primogenitura longe discreti, species sese exseruit in ser$^{\underline{ma}}$ illa domo, sic ut minus ad lineam primogenitam (quod in Domo saxonica fieri solet) qualis omnino Guelpherbytana, cum Henricus a quo originem ducit, Ernesti Ducis, qui a. 1546 mortuus est, filius

a) in discuss. quæstionis: utrum apanagiatus juris Senioratus sit capax ? in s. iure apanagiali p. 127.

filius ætate major esset, potius Seniorem ætate principem, etiamsi hic e linea juniore oriundus fuerit, respectum.

Mehrere Beyspiele führt Joh. Jac. Moser a) an. Auch bemerkt Aug. Friedrich Schott b):

exempla, quæ hodie occurrunt, aut magis communium familiæ negotiorum directionem, cum aliquo forte commodo ex certis prædiis vel terris percipiendo conjunctam quam veram successionem respiciunt; qualis est Senioratus in Serenissimae Gentis Saxonicæ familia Ernestina vigens, cui possessio præfecturæ Oldisleben adnexa cernitur:

Eben dieser Schriftsteller führt aber auch Auszugsweise die bekannte Disposition des Heinrich Joachim von Schulenburg über die künftige Succession in der ihm zustehenden Herrschaft Lieberose an, welche schon bey Stryck c) angeführt ist, und als ein warnendes Beyspiel für jeden, der in seiner Nachkommenschaft Eintracht stiften will, wegen der sonderbaren Zusammenfügung der Successionsverhältnisse, wie sie nun eben gerade der Stifter in seiner individuellen Absicht haben wollte, nachgelesen zu werden verdient. §. 669. a.

a) in dem Familienstaatsrecht derer teutscher Reichsstände II. Th. 18. Cap. §. 21.

b) in der Diss. de iudicio super successione in majoratu sæpe arduo Lips. 1782. §. 3.

c) de cautelis testamentorum in append. num. XII.

§. 669. a.

Einführungsarten der Primogenitur, des Majorats u. s. w.

Ehe wir mit dem A. zu Erörterung der besonderen Frage übergehen: ob, wenn in einem Lehen oder in einem Allodium Primogenitur eingeführt werden will, der Consens des Oberherrn oder in jenem Falle des Lehensherrn erforderlich sey? wird es nothwendig seyn, die präjudicielle Frage zu beantworten, auf welche Art dergleichen Successionsnormen überhaupt errichtet oder eingeführt werden können?

Die erste Art ihrer Entstehung ist unstreitig das Gesez selbst. Es bedarf keines Beweises, daß der Gesezgeber nach Gründen, die das Staatswohl erfordert, für gewisse Classen von Personen oder Gütern eine besondere Successionsordnung festsezen können. Wir erinnern unsere Leser in Absicht auf historische Beyspiele dieses Sazes an die obenangeführte Verordnung Kayser Friedrichs I. die Succession in feudis dignitatum betreffend, und an das grosse Beyspiel der Goldenen Bulle in den Churhäusern.

Als die zweyte Art, wodurch eine solche besondere Successionsnorm eingeführt werden kann, wird das Gewohnheitsrecht angeführt, und von einigen bejaht, von andern verneint. Zwar führt z. B. Berger a) den alten romanizirenden Feudisten Afflictus an, der eine consuetudinem, quæ fratribus nullam portionem relinquit, diabolicam ac invalidam nennt. Er selbst hingegen b) stellt den Saz auf:

con-

a) im iure apanagiali c. IV. n. 18.
b) c. V. n. 68.

consuetudines inveteratæ, quæ cum ipsis gentibus originem habuerunt, etsi violentæ, barbaræ, et omni ratione carere videantur, si nemini jus suum quæsitum auferant, quod hoc casu contingit, tolerandæ sunt;

und führt Beyspiele von ganzen Provinzen an, in welchen die Primogenitur auch unter Privatpersonen in ihrer ganzen Stärke durch Gewohnheitsrecht eingeführt sey. Daß dieselbe durch Gewohnheitsrecht eingeführt werden könne, das hat vorzüglich Joh. Sim. Seyfried a) ausführlicher zu vertheidigen gesucht.

§. 969. b.

Fortsezung.

Es begegnete jedoch diesem Schriftsteller bey allem Scharfsinn und Gelehrsamkeit, womit er seinen Gegenstand behandelt hat, was vielen andern vor und nach ihm begegnet ist, daß er nemlich die beyden Begriffe Gewohnheitsrecht und Observanz nicht genau von einander unterscheidet. Nachdem er nemlich die allgemeinen Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts, actus plures, uniformes, diuturnitatem temporis u. s. w. angeführt hat, so behauptet er, daß auch in einer Familie das Erstgeburtsrecht durch consuetudo eingeführt werden könne. Er sezt hiezu eine Reyhe von Thathandlungen voraus, durch welche er diese consuetudo entstehen läßt, und die damahls wohl mehr als eine blosse

a) in der oben angef. Diss. de iure primogenituræ consuetudine introducto Marburg 1735.

blosse Hypothese oder ein fingirter Rechtsfall gewesen seyn dürfte.

Pone, so sagt er, e. g. fratres quinque splendoris familiæ et utilitatis publicæ conservandæ causa convenisse, ut natu maximus Dynastiam cum omnimodo regimine solus haberet, cæterorum quilibet septingentis annuis thaleris contentus sit. Isto primogenito fatis functo, eius fratris natu minimi (quia reliqui tres jam antea improles decesserant) quatuor filii, eo quod jam in domo sic receptum sit, iterum paciscuntur, ut primogenitus istam eandem totam Dynastiam cum omnimodo regimine solus habeat, sic tamen, ut, quia tum temporis familiæ isti adhuc alia major Dynastia obtigit, secundo genitus ea usufruatur, tertio genitus annuos sexcentum florenos a maximo natu recipiat, natu minimus vero a matre alatur etc. Posteaquam deinde triginta et quod excurrit, post annos, ille in universam istam Dynastiam et ejus omnimodum regimen successor secundus Primogenitus e vivis excessit, istam ipsam Dynastiam, cum regimine, eo quod in domo hac sic moribus receptum sit, in testamento meminens, rursus inter quatuor superstites filios Primogenito soli reliquit. Qui illam quindecim per annos, neutiquam contradicentibus Fratribus, quorum quisque au-

annuis thaleris quingentis contentus esse necesse habuit, vel eorum tutoribus, quiete solus tenuit. Hic certe, quum manifeste appareat, eomodo et eatenus modificati, minus pleni Juris Primogeniturae, speciem introducere, eorum quorum interfuit, animum fuisse, ut Dynastia ista, cum regimine fratrem quoque tempore natu maximum solum maneat, inque hoc ipso, tribus non interrupte per integrum ferme Saeculum continuatis eatenus plane uniformibus actibus, proprietatem, essentiam atque substantiam hujus Primogeniturae Juris eos constituisse, id quod subinde fratribus postgenitis pro temporum et circumstantiarum ratione variis modis prospectum fuit, quo minus Jus Primogeniturae eatenus, ut Dynastia ista fratrem quoque tempore natu majorem solum maneat, non obstare, dubio caret. Modi siquidem constituendorum Apanagiorum, Jurium Primogeniturae Accidentia tantum sunt (Ludolf tr. de introductione juris primogeniturae part. spec. aph. 3. n. b. aph. 15. n. b.) ex quorum mutatione difformitas actuum non nascitur.

Offenbar ist hier nicht von einer allgemeinen Rechtssitte oder Gewohnheitsrecht im eigentlichen Sinne die Rede. Es wird vielmehr vorausge-

sezt, daß in einer adelichen Familie eine besondere, auf Avtonomie sich gründende Successionsnorm der Primogenitur dadurch eingeführt werden könne, wenn nemlich in mehreren Fällen zu verschiedenen Zeiten und eine lange Reyhe von Jahren hindurch die Regel einer solchen ausschlieslichen Succession des Erstgebohrnen unter Abfindung der übrigen Geschwister nach dem Verhältnis der Umstände beobachtet worden sey.

§. 669. c.

Fortsezung.

Es fällt in die Augen, daß hier also nicht sowohl ein Gewohnheitsrecht als vielmehr eine fortgesezte stillschweigende Einwilligung der interessirten Theile, welche diese Successionsnorm unter sich festsezen konnten, eingetreten sey. Der unterlegte Fall, der seines gleichen genug in der Wirklichkeit finden könnte, würde sich solchemnach auf eine Familien-Observanz a) nicht aber auf ein allgemeines Gewohnheitsrecht gründen.

Wenn

a) So wurde z. B. ein in dem Hanauischen Hause geltendes Recht der Erstgeburt von K. Rudolph II. im J. 1607 bestätiget, und mit folgenden Worten angeführt:

„ein uhraltes wegen der Primogenitur und Erst-
„geburths-Gerechtigkeit in der Grafschaft Ha-
„nau, ohne kundlichen Anfang hergebrachtes, und
„darauf für etliche hundert Jahren aufgerichte-
„tes, seither in stetiger unveränderter Obser-
„vanz,

Wenn wir nemlich Lex generalis expressa und consuetudo als ein ius tacito consensu summi imperantis introductum einem besonderen Statut als einer lex privata oder einer besonderen Observanz entgegensezen a), so mus der engere entgegenstehende Begriff der Observanz ganz richtig mit Carl Wilhelm von Spangenberg b) dahin bestimmt werden, daß sie eine norma decidendorum jurium et obligationum tacita eorum, quorum interest, conventione inducta, oder also im Grunde ein conventionelles durch concludentes Handeln der interessirten Theile eingeführtes Gesez sey c). Und so kann denn nun auch eine solche Successionsnorm, die im Grunde, wie Seyfried in der angef. Stelle voraussezt, lediglich durch Beobachtung entstanden ist, nicht dem Begriff eines Gewohnheitsrechts als eines allgemeinen iuris moribus introducti angehören.

D 3 §. 669. d.

„vanz, auch durch unterschiedliche veranlaßte „Ansprüche, und sonst in mehr Weege bewährtes und bekräftigtes Statutum."
S. Just. Frid. Runde in Diss. cit. de confirmatione cæsarea juris primogenituræ §. 17. n. a.

a) Ge. Lud. Boehmer in principiis juris canonici ed. noviss. 1802. §. 211. n. 230.

b) in comment. iur. publ. de observantia imperii Hal. ad. Salam (ohne Jahrzahl) §. 3.

c) Vergl. Heinr. Meurers juristische Abhandlungen und Beobachtungen, I. Sammlung Leipzig 1780. S. 185. f.

§. 669. d.

Fortsezung.

Ganz richtig bemerkt Spangenberg ferner a):

> Objecta observantiæ fieri possunt omnia ea, quorum intuitu determinatæ personæ vel juris collegialis virtute, vel vi avtonomiæ et libertatis naturalis, quatenus a societate civili haud restricta est, leges conventionales sibi facere possunt.

Wir führen seine eigenen Worte um deswillen an, um Leser, für welche eine blosse Darstellung der eigenen Meditation des Schriftstellers nicht zulänglich ist, weil sie, zumalen in einem Handbuch dieser Art, Autoritäten und Subsidien gesammelt haben wollen, auf eine vollständige Weise zu befriedigen. Im Grunde beruht die angeführte Behauptung ganz einfach auf der Natur der Sache. Wenn wir nun aber, es sey nun durch die Natur der Sache selbst oder durch Autoritäten bewährter Schriftsteller darüber im Reinen sind, daß bey solchen besonderen Successionsnormen, wenn sie durch eine Art von obligatorischem Herkommen sich gebildet haben, nicht Gewohnheitsrecht sondern Observanz die Quelle ihrer Entstehung sey, so hat diese Voraussezung noch ein anderes theoretisches Interesse, das wir nicht unberührt lassen können. Sofern nemlich der Saz, den mehrere Schriftsteller annehmen, daß zu Begründung einer Observanz auch

a) cit. comment. §. 5.

auch schon Ein concludentes Factum hinreichend sey, seine unbedingte Richtigkeit hätte, so würde die ganze Reyhe von Handlungen, durch welche z. B. Seyfried am oben a. O. ein solches Erstgeburtsrecht entstehen läßt, überflüssig seyn. Es wäre hinreichend für die ganze Descendenz der consentirenden Personen, wenn also z. B. unter mehreren zur Succession berufenen Geschwistern dem ältesten Bruder mittelst Abfindung der übrigen die Succession zugestanden würde, um nun für immer unter den Descendenten dieser stillschweigend übereinkommenden Personen eine bleibende Norm der Erstgeburtsfolge festzusezen.

§. 669. e.

Fortsezung.

Hievon können wir uns jedoch durchaus nicht überzeugen. Es mag mit demjenigen allerdings seine Gültigkeit haben, was der so sehr bestimmt denkende Ge. Lud. Böhmer a) von der Observantia ecclesiastica sagt:

> Per eam 1) tum negotia universitatis et modus ea ineundi inter ejus membra definiri, 2) tum per eam jura in universitatem alteri permitti possunt, dummodo α) facta concludentia, ad inducendum tacitum consensum idonea, interveniant, ad quæ etiam pertinet unicum factum haud contradictum, opinione

a) princ. iur. can. §. 236.

> nione juris, sciente et non contradicente ecclesia susceptum;

was wir in neueren Zeiten nicht selten nachbeten gehört haben.

Es läßt sich denken, daß in einer universitas ecclesiastica, z. B. einem Capitel bey einem eintretenden Verhältnis durch einen Act eine bleibende Norm festgesezt werde, z. B. es soll zum erstenmal eine Präsentation zu einer neuerrichteten Pfarre ausgeübt werden, und es wird beschlossen, daß die Reyhe der Nomination bey dem Probst Namens des Capitels anfangen solle. Hier wird Jedermann zugeben, daß eine nominatio per turnum als Norm angenommen worden sey. Eben so würde, wenn z. B. zu einer Bischofswahl der Abt eines Closters zugleich mit dem Capitel zur Wahl auch nur einmal concurrirt hätte, und förmlich als berechtiget dazu einberufen worden und dabey erschienen wäre, unläugbar auf eine durch diesen einzigen Act begründete Observanz erkannt werden müssen; und nach dem canonischen Recht alsdann gedoppelt, wenn das fernere Requisit hinzugekommen wäre, welches Böhmer a. a. O. also den angeführten Gesezstellen gemäs also hinzusezt;

> nec non 2) tempus ad praescriptionem jurium ecclesiasticorum accedat saltim 40 annorum. Cujus consequens est ut 3) observantia, legitime praescripta, constituat titulum acquisitionis jurium peculiarium in universitatem.

§. 669. f.

§. 669. f.

Fortsezung.

Es würde zuweit von unserem Gegenstande abführen, wenn wir aus der Geschichte der kirchenrechtlichen Begriffe zeigen sollten, wie es zugegangen sey, daß das canonische Recht immer zu einer rechtsgültigen consuetudo unter welcher allgemeinen Benennung auch Gewohnheitsrecht im engeren Sinne und Observanz vorkommen, eine hinzukommende Präscription erfordern a). So viel mag hier zu bemerken hinreichend seyn, daß die Kirchenrechtsgeseze zuerst als Basis einer jeden sogenannten consuetudo das angenommen haben, daß die einzelnen Actus, wodurch dieselbe entstanden, ein ius inter partes gemacht hätten, welches immer zuerst durch hinzugekommene Verjährung zu Stande kommen müste. Und so mag es denn ganz schulgerecht in der Sprache des canonischen Rechts gesprochen heissen, wenn auch zu einer kirchlichen Observanz unter den Mitgliedern einer besonderen geistlichen Universitas oder im Verhältnis eines dritten gegen dieselbe Ein concludenter Act als hinreichend erklärt wird, vorausgesezt daß ein zur præscriptio contra ecclesiam erforderlicher Verfluß von Zeit hinzukomme.

Auch mag es wohl keinem Zweifel ausgesezt seyn, daß zu einer andern, nicht gerade in kirchlichen Verhältnissen Statt findenden Observanz,

a) Vergl. Joh. Henr. Hochstetter de præscriptione consuetudinis ad cap. ult. x. de consuetudine. Stuttgard. 1776.

servanz, die also keine observantia ecclesiastica ist, z. B. unter Mitgliedern eines Collegiums, oder auch zwischen Landesherrn und Landständen das canonische Erforderniß der Verjährung nicht nothwendig sey, vorausgesezt, daß die befolgte Regel auf eine ganz concludente Weise als ein Gesez des künftigen Verhältnisses durch die That aufgestellt worden sey. Ja wir können uns den Fall als möglich denken, wo auch nur durch Einen Act eine solche Observanz unzweifelhaft begründet würde. Und insoferne ist der Saz, daß eine Observanz auch selbst durch Einen Act begründet werden könne, nicht unrichtig, wenn wir ihn nemlich als eine Regel der Subsumtion oder der Beurtheilung für einzelne Fälle ansehen, wo er sodann nur soviel besagen kann, daß nemlich vorausgesezt werde, diese eine Thathandlung sey so durchaus concludent in der Richtung auf eine obligatorische bleibende Norm geschehen, daß ein entgegengesezter Zweck der interessirten Theile ohne einen Vernunftwiderspruch in dieser Thathandlung gar nicht hätte liegen können. Aber als ein unbedingtes Princip läugnen wir billig diesen Saz, und behaupten vielmehr, daß zu einer bleibenden Norm in sehr vielen Fällen die Beobachtung durch einen Act nicht hinreichend sey.

§. 669. g.

Fortsezung.

In universum asseri nequit, so schreibt Spangenberg a) esse unicum factum (s. genus

a) a. a. O. §. 9.

genus factorum mutuorum, veluti actum commissivum ab altero non contradictum) ubique sufficiens cognoscendi medium.

Dis würde z. B. gerade bey einer solchen Familienobservanz unserer Ueberzeugung nach der Fall seyn, die als ein künftiges bleibendes Successionsgesez aufgestellt werden sollte. Es würde nemlich zu diesem Endzweck, und um für die ganze Descendenz der mithandelnden Theile zur bleibenden Norm einer Primogenitur auf immer zu verpflichten, zuverläsig noch lange nicht hinreichend seyn, wenn in dem oben angeführten, von Seyfried untergestellten Fall blos einmal unter jenen fünf Geschwistern die Anordnung getroffen worden wäre, daß der Erstgebohrne ausschlieslich das Gut bekommen, die andern aber sich mit einer Abfindung begnügen sollten. Und wenn nun jener Erstgebohrne kinderlos gestorben wäre, und z. B. von seinem jüngsten Bruder allein mehrere Neffen hinterlassen hätte, die seine nächsten Erben wären, so würden wir uns nicht getrauen zu entscheiden, daß auch für diese jene frühere Anordnung getroffen, und als Gesez errichtet worden sey. Wären aber nun gerade hier die sämmtlichen interessirten Theile wiederum auf jene zum erstenmal gebrauchte Form der Successionsverhältnisse zurückgekommen, dann würden wir anzunehmen genöthigt seyn, daß sie von einer opinio necessitatis oder wenigstens von einer obligatorischen Gesinnung ausgegangen und als ein Familienstatut anerkannt hätten, es soll unter ihnen und ihrer Nachkommenschaft eine bleibende

de Erstgeburtsfolge Statt finden. Ludolf a) bemerkt im Grunde dasselbe, jedoch freylich von seiner Ansicht aus, die auf eine consuetudo zurückgeht, wenn er sagt:

> nimirum uno exemplo mores circumscribi plane incongruum est, licet tractum haberet successivum et per viginti et amplius annos subsistentem. Neque ex tali actu etiamsi extantiori, ni firmius quid accesserit, colligitur modum succedendi ex jure primogenituræ in consequentiam esse trahendum. (Lyncker ad tit. ff. de LL. §. 41. vid. tamen Klock III. cons. 183. n. 44.) Requiruntur ergo actus ad minimum bini arg. L. 12. D. de testib. (Gail. III. o. 31. Schilter praxis jur. rom. Ex. 2. §. 17.) ita ut sint celebres et aperti.

Ja er lenkt durch die Natur der Sache gedrungen auf die richtigere Ansicht einer Familienobservanz gleichsam wider seinen Willen ein, wenn er unmittelbar darauf also fortfährt:

> Quales cum non possint non esse, ubi in familia illustri juxta primogenituræ jura fit successio, si id repetita vice, consensu eorum quorum interest observetur, sufficere ad inveteratam dividendi consuetudinem abolendam nullus dubito.

Wenn

a) in der angef. Abh. de introductione juris primogenituræ part. spec. aph. 15. n. b. sqq.

Wenn nun aber Herr Runde a) sagte, daß zwar einige behaupteten, das ius primogenituræ könne durch consuetudo eingeführt werden, quamvis ejus rei exempla desint; so können wir uns dieses nur so erklären, daß er den Begriff von Gewohnheitsrecht auf einzelne Familien anzuwenden sich nicht getraute, und die Sache lieber damit, daß man keine Beyspiele davon habe, zu einer unnüzen Frage qualificiren wollte. Denn es ist allerdings andeme, daß in einzelnen Familien von einem besonderen Recht durch consuetudo als allgemeines Recht nicht die Frage seyn kann. Aber wie er behaupten könnte, daß es keine Beyspiele einer solchen Observanz gebe, das begreifen wir kaum, wenn wir in Erwägung ziehen, daß er selbst b) die kaiserliche Confirmation der in dem Hause Hanau z. B. hergebrachten, uralten in steter Observanz erhaltenen Primogeniturgerechtigkeit anführt, und daß in derselben Dissertation (§. 24.) die eigenen Worte der kaiserlichen Confirmation des Erstgeburtsrechts in dem Hause der Grafen von Ostfrießland vom J. 1595 angeführt werden, daß „die sämmtlichen „Ostfriesischen Landstände unterthänigst und „ausführlich berichtet, daß angeregtes ius pri-„mogenituræ jederzeit daselbst herkommen, die Graffschaft Ostfriesland bey „einem regierenden Herrn unzertrennt geblieben, auch es nachmals bey solchem Herbringen beruhen zu lassen gebeten."

Offen-

a) in der Diss. de confirmatione cæsarea juris primogenituræ §. 17.

b) in dem nemlichen §. 17. n. a.

Offenbar waren dis a) Beyspiele eines solchen besondern Herkommens oder einer Observanz, die in diesen Häusern durch Gebrauch entstanden war. Wenn aber auch kein einziges Beyspiel bis jezo erfindlich wäre, daß ein solches Recht der Erstgeburt durch Observanz je eingeführt worden sey, so würde damit die Frage selbst: ob dasselbe nemlich auf diese Weise rechtsgültig entstehen könne? noch zu keiner müssigen Rechtsfrage geworden seyn, da der Fall einer solchen sich bildenden Observanz sich noch täglich ereignen könnte. Und wir würden sogar kein Bedenken tragen, wenn uns heute ein solcher Fall wirklich vorkäme, auf die Gültigkeit einer solchen Observanz zu erkennen, vorausgesezt daß sie die concludenten Erfordernisse in sich trüge, die zu ihrer Entstehung nothwendig sind. Und eben so wenig nehmen wir ein Bedenken, nunmehr den Saz in der Theorie aufzustellen, daß die Einführung des Erstgeburtsrechts als einer allgemeinen Rechtsnorm für gewisse Classen von Personen und Gütern durch Gewohnheitsrecht zu Stande kommen könne; so wie umgekehrt für einzelne Familien, deren Avtonomie die Regulirung ihrer Successionsverhältnisse gänzlich überlassen ist, eine Observanz hinreichen könne, um eine solche Rechtsnorm zum besondern Familienrecht für die Descendenz derjenigen interessirten Theile zu errichten, durch deren concludente Thathandlungen sie zu Stande gekommen

a) Ein eben so treffendes Beyspiel von dem Gräflich-Lipp'ischen Hause führt ebenderselbe Verf. an l. c. §. 15. p. 19. n. a.

men ist. Positis terminis habilibus, wie die Logicker sagen, ist also Gewohnheitsrecht und Observanz unter die Arten zu zählen, wodurch das Erstgeburtsrecht eingeführt werden kann.

§. 669. h.

Fortsezung.

Die vierte Art der Entstehung einer Primogenitur ist Vertrag. Da es nemlich in Teutschland keinem Zweifel unterworfen ist, daß pacta successoria eine rechtliche Gültigkeit haben, (§. 660.) so ist es wohl keinem Zweifel an sich unterworfen, daß durch den Consens der interessirten Theile auch ein Erstgeburtsrecht ausdrücklich eingeführt werden könne, so wie solches durch stillschweigende Uebereinkunft in concludenten Thathandlungen zur Observanz werden kann. Es versteht sich jedoch, daß diejenigen consentiren müssen, deren Interesse darunter versirt; oder daß wenigstens die rechtlichen Erwartungen derselben durch die errichtete Primogeniturordnung selbst oder auf andere Weise ihre Befriedigung erhalten.

Denn wenn z. B. ein teutscher Fürst bey Errichtung eines solchen Successionsgesezes in seinem Hause dafür gesorgt hätte, daß die jüngern Söhne von ihrem erstgebohrnen Bruder einen billigen Unterhalt nach Verhältniß der Umstände bekommen sollen, so würde die Behauptung, daß durch eine dergleichen Verordnung die nachgebohrnen Söhne an ihrem Pflichttheil ver-

verkürzt werden dürften, eine Anwendung des römischen Rechts seyn, die man freylich aus den Pandecten ungemein gelehrt deduciren könnte, die aber dem Geist der heutigen Rechtsverfassung nichtsdestoweniger gänzlich widerstreiten würde. Der verdienstvolle Pütter schrieb schon längst sehr gründlich a):

> Quum ii, qui auctoritatem juris romani ac germanici inter se comparant, ut plurimum in genere hanc rem contemplentur; probe animadvertendum est, salua illa juris romani in universum considerati vi et auctoritate plane aliam ejus rationem esse posse, si tum ordines personarum curatius distinguas, tum de speciali argumento disquisitionem instituas.

Noch näher aber giebt er seine Ansicht hierüber zu erkennen, wenn er b) also schreibt:

> cavendum est primo loco, ne quis justo ampliore sensu ius commune hic solum ius romanum intelligat, eo nempe sensu, quo juris communis dicitur id esse, quod regulam constituit, a quo quidquid recedit, ad exceptionem referri solet, ita ut pro illa potius, quam

a) in s. Abh. de normis decidendi successionem familiarum illustrium controversam (§. 9.) die er seiner sylloge commentationum ius privatum principum illustrantium sub n. III. einverleibt hat.

b) §. 72. der angef. Abh.

quam hac, in casu dubio interpretatio sit instituenda. Hoc enim Sensu omnino negamus ac pernegamus, familiis illustribus in argumento successionis ius romanum esse commune, sed hic potius hoc nomine dignum remur, quod inter illustres familias ex propriis domesticis rationibus convenire constat, alienum plane a romano jure, analogiam nempe in superioribus traditam, vi cujus aut primogenitura aut divisio potissimum in familiis illis observatur, et in utraque concentus legum patriarum conspicuus est, cui plane ne quadrant quidem romana.

In gleichem Sinne spricht Ge. Melch. von Ludolf a):

Quod de interpretatione juris siue statutorum dictum, ita intelligo, ut si ex negotii natura posit desumi interpretatio, facienda sit posthabito jure communi. Jdque maxime rationi convenit; nam si permissum est pacta facere, si ex consensu nascitur obligatio, volunt etiam jura, ut interpretatio ex intentione paciscentium verosimili fiat. Sed, si de mente contrahentium constare nequeat, nihil vetat, ut

a) de jure feminarum illustrium P. II. cap. 1. §. 18. p. 74. n. 12.

ut in interpretando ad normam juris communis non quidem romani, sed patrii, quo familiæ illustres utuntur, recurramus.

Es würde unseres Erachtens eine Unkunde der ganzen heutigen Familienverfassung unserer erlauchten Häuser verrathen, wenn wir zu Gunsten der Nachgebohrnen bey Einführung einer Primogenitur mehr als die Bedingung erforderten, daß für den Unterhalt derselben nach Beschaffenheit der Verhältnisse gesorgt werde, und wenn wir uns lediglich an die Norm des fremden Rechts bey eigenthümlichen einheimischen Rechtsinstituten binden wollten a).

§. 669. i.

Fortsezung.

Wir nehmen es folglich als eine geltende Rechtsthesis an, die auch die Zustimmung der angesehensten Rechtslehrer vor sich hat b), daß bey

a) Vergl. Henr. Christ. de Senkenberg de methodo jurisprudentiæ adpend. 3. de receptione juris romani §. 9. p. 103. und Dav. Ge. Strube von dem Misbrauche und guten Gebrauche der alten teutschen Rechte, in s. Nebenstunden 5. Th. §. 1. ff.

b) Mich. Henr. Gribner de præjudiciis principum ex abusu juris Justinianei c. II. §. 13. n. b. Ge. Henr. Springsfeld de apanagio c. 12. n. 17. Sam. Stryck de successione ab intestato diss. 8. c. 10. §. 39. Gabr. Schweder de condictione ex lege liberis ad supplementum legitimæ competente Th. 40. Nic. Myler ab Ehrenbach de principibus et statibus imperii-romano-germanici P. 5. c. 22. §. 5.

bey eigentlich erlauchten Personen des hohen Adels sogar nachgebohrne Söhne eine väterliche Verfügung (auch durch Vertrag), worinn die Primogenitur zur Wohlfarth des Hauses und Landes eingeführt würde, auf keine Weise anzufechten berechtiget seyn würden, insoferne für ihren Unterhalt die nöthige Fürsorge getroffen worden wäre.

Ein ganz anderer Fall würde bey Personen des niedern Adels oder vom Bürgerstande seyn. Zwar ist bey jenen auch der Unterschied, der sie vom Bürgerstande auszeichnet, nicht zu mißkennen, daß in dem anererbten Gute die Töchter den Söhnen wenigstens nachstanden, wenn sie auch, wie doch wohl mit Grunde nicht behauptet werden kann, nicht gänzlich, so lange ein Mannsstamm vorhanden war, von aller Erbfolge besonders im neugewonnenen Gute ausgeschlossen waren a), indeß bey dem hohen Adel allerdings die Vermuthung für die Eigenschaft eines Stammguts streiten mußte. Nichtsdestoweniger sind die Personen vom niederen Adel, wenn sie auch in solchen Gütern, die einer ausschlieslichen Succession des Mannsstammes unterworfen sind, eine Primogenitur errichten wollen, ihren nachgebohrnen Söhnen gegenüber offenbar in einem ganz anderen Falle als ein Fürst oder Reichsgraf von altem reichsständischem Hause mit den seinigen ist. Hier kann in Wahrheit, je grösser die täglich steigenden Bedürfnisse für einen regierenden Herrn sind, je mehr die Nothwendigkeit grösser zu

a) Vergl. oben Handbuch VII. B. §. 663 und Runde in den Grundsäzen §. 663.

werden selbst für die Länder zugenommen hat, wenn sie nicht ganz durch die grossen Massen, zwischen welche sie ihr Verhängniß gesezt hat, erdrückt werden sollen, das dringende Bedürfniß nicht geläugnet werden, in einer Person und in einer Masse so viel zusammen zu concentriren, als nur immer möglich ist; obgleich auf der andern Seite nicht zu mißkennen ist, daß gerade zu der Zeit, wo dieses Bedürfniß zur Aufrechterhaltung der mindermächtigen Häuser durch Einheit der Successionen so laut redend ist, diesen nemlichen Häusern durch die Säcularisationen ein grosses Mittel der Versorgung ihrer nachgebohrnen Abkömmlinge entgangen ist. — Bey diesen grösseren Häusern nun ist es kein Zweifel, daß auch durch Verträge Primogenituren errichtet werden können und müssen, und daß nachgebohrne Söhne mehr nicht als eine Sorge für ihren Unterhalt erwarten können. Ob aber bey dem niedern Adel der blosse splendor familiæ soviel wirken könne, als dort die politische Nothwendigkeit? daran zweifeln wir sehr. Wir glauben daher, daß ein Familienvater dieses Standes selbst nicht einmal die Befugniß haben könne, zum Präjudiz seiner bereits am Leben befindlichen nachgebohrnen Söhne eine Primogenitur in dem anererbten Stammgut insoferne zu errichten, als er denselben ihren Pflichttheil nicht ungeschwächt erhalten, oder auf andere Weise dafür gesorgt hat, daß sie als Erben ihren Pflichttheil ungeschmälert erhalten. Bey jedem andern Gute, das neuerworben oder nicht eigentliches Stammgut ist, sind sie, wenn sie den Pflichttheil erhalten, nicht beschwert. Wä-

ren

ren sie aber an diesem verkürzt, so würden sie allerdings ad supplementum legitimæ Klage erheben können.

Was hingegen solche Söhne, oder wenn in einer solchen z. B. neuadelichen Familie noch gar kein Vorzug des Mannsstammes eingeführt wäre, Kinder überhaupt betrift, die erst nach errichteter väterlicher Primogeniturverordnung gebohren würden, so entscheiden die Rechtslehrer gegen dieselbe.

Quia ius legitimæ consequendæ antea exoriri nequit, quam momento nativitatis, sua sequitur sponte, liberos post peractam alienationem procreatos nullo uti jure, ad eam ob legitimæ læsionem impugnandam. Nam, quod antea distractum, tempore nativitatis non est in bonis paternis, quorum partem constituit legitima. Et quamvis hujusmodi alienata adhuc aliquo ad bona parentis pertineant respectu, si tamen gestum de iis negotium eo tendat, ne ius in rebus istis acquiratur liberis postea genitis, sufficit, hos liberos, qui tum nondum exstiterunt, non potuisse defraudari, nec adeo, quoniam ex post facto existunt, justam de actu inofficioso, qui ad defraudandam legitimam sit susceptus, movere querelam. (Myler ab Ehrenbach de jure statuum P. I. c. 21. §. 8. Lymnæus iur. publ. lib. IV. c. 8. n. 121.

§. 669. k.

Fortsezung.

So schreibt Jo. Gottfr. Bauer a). Nicht ohne Grund dürfte demselben übrigens der Zweifel entgegen gehalten werden, den er jedoch in den so eben angeführten Worten offenbar selbst gefühlt hat, daß die Errichtung einer solchen Primogenitur von Seiten des Vaters durch einen Vertrag doch nicht eigentlich eine Alienation sey. Und wenn dis leztere anzunehmen wäre, so würde das Gut, worüber Primogenitur eingeführt worden, nicht noch zur Zeit seines Todes in bonis seyn. Und wenn man nun auch den nachher erst gebohrnen Kindern die Befugniß nicht zugestehen wollte, diese Disposition als inofficios anzufechten, so würde hier, wo nun doch einmal römisches Recht aus der Anwendung nicht verdrängt werden kann, (indem bey dem niedern Adel um des blossen splendoris familiæ willen eine eigenthümliche Rechts- und Successionsverfassung so wie beym hohen Adel aus Gründen innerer Nothwendigkeit nicht angenommen werden kann:) eine Frage entstehen, die keiner von allen den vielen Rechtsgelehrten berührt hat, die wir verglichen haben: ob nemlich solche nach errichteter Primogenitur erst gebohrne Kinder einen dergleichen Vertrag nicht als nichtig, gleichsam als rumpirt durch die agnatio posthumi, anfechten könnten?

Bauer

a) in Diss. de primogenitura sine consensu superioris ordinata Lips. 1753. §. 25.

Bauer in der angef. Abh. a) sucht allen Zweifel gegen seine Theorie damit zu heben, wenn er sagt:

> nam patri existunt heredes, qui ius petendi legitimam ex bonis ad primogenitum pertinentibus sustulit, antequam nascerentur, ita, ut illi re amplius non existente defraudari non possent, quemadmodum ex adverso ipsis ius istud, simulac in bonis paternis tempore nativitatis adquisiverunt, regulariter sine eorum voluntate adimi nequit, quantumvis superior consentiat.

Am Ende lenkt er jedoch auf eine Cautel ein, welche freylich ein stillschweigendes Bekenntniß der schwankenden Theorie selbst ist:

> Cui observationi originem debet cautela, quam nonnulli nisi plane pro requisito primogenituræ essentiali vendítent, commendant, ut pater a liberis secundogenitis renunciationem legitimæ, et quidem, ad evitandam controversiam in foro exortam, an ejusmodi renunciatio sine juramento valeat, juramento confirmatam impetret. (Springsfeld de apanag. c. V. n. 55. Dietericus ad A. B. tit. XXIV. p. 90. Stryck de caut. testamentor. c. V. membr. 2. §. 19.)

a) 26.

§. 669. l.

Fortsezung.

Die fünfte Art, eine Primogenitur zu errichten, kommt durch Testament zu Stande. Es fragt sich hier zuförderst, was unter Fürsten und Ständen des Reichs Rechtens sey? ob sie überhaupt an die gemeinrechtlichen Feyerlichkeiten bey solchen Testamenten gebunden seyen? Hier geht nun zwar die Meinung vieler Rechtslehrer dahin, daß solche Herrn durchaus an keine Feyerlichkeiten der Testamente gebunden seyen.

Communis est Dd. sententia, so schreibt der berühmte Lauterbach a) quod principes et similes imperii status, etiam sine juris civilis solennitatibus et requisitis testamenta condere possint, et ultima illorum elogia valeant, modo illa plene, quocunque etiam modo, probentur; licet solennitates juris civilis non fuerint observatæ. Wer Lust und Liebe hat, alle die Argumente für diese Behauptung zu lesen, für den wollen wir nur die hauptsächlicheren anführen!

In der L. 3. D. de adopt. wird gesagt, der Consul oder præses provinciæ könne, wenn er filius familias sey, vor sich selbst emancipirt oder adoptirt werden. Und in der L. 19. C. de testamentis wird das testamentum principi oblatum von aller weiteren Feyerlichkeit losgezählt. Hieraus soll denn nun also folgen, daß principes im-

a) Consiliorum Tubingens. Vol. III. c. s. 284. n. 12.

imperii und wie, der von Lauterbach a) angeführte Thom. Maulius b) behauptet, alle domini, qui in castris vel locis merum et mixtum imperium et omnimodam jurisdictionem haben c), das Recht hätten, ohne alle Feyerlichkeiten zu testiren. Was sich doch nicht alles aus dem römischen Rechte für die heutige Zeit beweisen läßt! Wenn man aber auch je sagen wollte, daß nicht blos durch römische Geseze die Feyerlichkeiten der Testamente zur allgemeinen Nothwendigkeit, mit Ausnahme der besonders privilegirten Testamente, geworden, und in der Notariatsordnung Maximilians I. wiederholt festgesezt worden seyen, so ist ja bekannt, daß Fürsten und Stände des Reichs das ius commune in ihren Territorien abändern können, und daß ein Reichsstand in seinem territorium das ist, was der Kaiser im ganzen imperium romanum ist!

Besonders schön ist die leztere Parallele, wenn sie vollends gar auf unmittelbare Reichsritter durch Gleichstellung derselben mit den Reichsständen ausgedehnt worden wäre! Aber auch von dieser Ausdehnung abgesehen liegt schon ein klarer Wiederspruch darinn, das Höchste dem Allerhöchsten, dem es untergeordnet ist, gleichstellen zu wollen.

Sodann bedachten die Urheber jener Meinung nicht, daß wenn man auch den Reichsständen das Recht der Gesezgebung, und eben dadurch auch das Recht, das ius commune

 abzu-

a) l. c.
b) de ultimis voluntatibus lib. I. tit. 5. n. 21.
c) dis gälte also auch von nobilibus immediatis, oder hätte gegolten?

abzuändern nicht absprechen kann, hier von allem diesem die Frage nicht sey, sondern einzig davon: wie das Testament eines Reichsfürsten oder Reichsstandes, das er ohne alle Feyerlichkeit errichtet hat, zu beurtheilen, ob es als gültig oder nichtig anzunehmen seyn würde? Ein teutscher Reichsfürst, der ein Testament macht, ist hier ein Testator wie jeder andere. Er erklärt, was sein lezter Wille sey, entweder auf eine gültige oder ungültige Weise. Und wenn er selbst in einem nach den Gesezen ungültigen Testament gleich als durch einen Act der Gesezgebung erklären wollte, daß er hier das ius commune aufgehoben, und sein Testament als ein privilegirtes, das an keine Solennien gebunden sey, angesehen wissen wolle, so würden diejenige Personen seines Hauses, zu deren rechtlichem Präjudiz er testirt hätte, mit Recht anführen, daß ein Testament sich selbst als gültig durch seine eigene Verordnung gegen das Gesez nicht constituiren könne, und daß es eine verwerfliche petitio principii seyn würde, die Gültigkeit eines Testaments daraus zu beweisen, weil derjenige, der es gemacht hätte, es auch für gültig erklärt habe a). Sehr richtig behauptet

a) Eine gründliche Wiederlegung jener Thesis, welche Lauterbach als communis Doctorum sententia aufstellt, findet sich in Hulderici ab Eyben scriptis de jure privato, publico et feudali ex ed. Jo. Nic. Hertii Argentor. p. 388 ff. wo zugleich eine Reyhe entgegengesezter Autoritäten zu finden ist, so daß es um die communis sententia bedenklich genug aussehen dürfte!

tet daher unseres Ermessens Pütter a):

testamenta illustrium, quod ad formam attinet, solennitatibus juris romani adstricta sunt, nisi quod vi ejusdem juris princeps in suo ipsius judicio valide testari possit.

Er beruft sich dabey auf das allgemeine Principium, das er (§. 5. 6.) aufgestellt hat.

Etiam Germaniæ principes 1) varias principum Europæ consuetudines observant. Universe tamen 2) illorum ius privatum non recte ex horum jure aut vel ex solo jure naturæ (?) æstimatur. Respectu Cæsaris enim et imperii quum subditi sint, omnino in privatis eorum negotiis valet, quidquid universe in Germaniæ vim legis civilis habet. Valent itaque in privato principum Germaniæ jure 1) citra omnem controversiam leges imperii, quatenus modo quid continent, quod ex mente legislatorum hic adplicari potest; veluti cujus generis sanctiones haud paucæ occurrunt in Aurea Bulla, in constitutione criminali carolina, in ordinatione camerali, in ordinatione politiæ, in reliquis recessibus imperii vel deputationis.

Nun sind aber bekanntlich die solennitates juris romani für Testamente durch die Notariatsordnung, welche einen Theil des Reichsabschieds

a) in den primis lineis juris privati principum lib. II. c. 3. §. 85.

schieds von 1512 ausmacht, wiederholt und bestätiget worden, und darnach so wie nach den gemeinen Rechten mus ein solches Testament gerichtet werden.

§. 669. m.

Fortsezung.

Wenn nun also ein teutscher Reichsfürst in seinem Hause durch Testament eine Primogeniturverordnung einführen will, so ist er, wenn überhaupt sein Testament gelten soll, an die gesezlichen Solennien gebunden. Könnte man dagegen mit Grunde Rechtens einwenden, daß dergleichen Verordnungen doch gewöhnlich nur testamenta parentis inter liberos seyen, so würde hieraus allerdings eine Limitation für jene Rechtsthesis erwachsen; denn es ist allgemein bekannten Rechtens, daß dergleichen Testamente zu den privilegirten gehören. Mit allem diesem ist jedoch nicht erwiesen, daß wenn also z. B. ein solcher pater illustris eine Primogenitur unter seinen Kindern errichtet, und in seinem Testamente die übrigen Kinder präterirt oder gar selbst unter Anführung einer gesezlichen Ursache enterbt hätte, ein solches Testament gültig seyn würde. Man mag immerhin der pietas parentibus a liberis debita einräumen, so viel man will, so mus man doch das zum Grunde legen, was in dem Gesez selbst geschrieben steht. Der Testator soll filiorum nomina propria manu schreiben, und die uncias, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum sed per totas literas bezeichnen. Wie kann er das

das leztere bey dem, den er enterbt, thun? Ebensowenig als bey dem, den er präterirt.

Nun stimmen zwar auch diejenigen, die die Enterbung zulassen, darinn überein, daß seine Präterition das testamentum parentis inter liberos nichtig mache. Wie man aber das ohne Inconsequenz behaupten könne? das begreifen wir in Wahrheit nicht. Denn wenn die ganze Constitution voraussezt, daß die Kinder Erben durch das Testament seyen, und wenn die Präterition derselben die Nichtigkeit des Testaments nach sich zieht, so muß vollends das nomina filiorum, quos heredes scripsit, und das uncias, in quibus heredes scripsit, per literas significare als unzertrennt verbunden gedacht werden. Es fließt beydes aus einer Grundidee, die das Kind als gesezlich nothwendige Erben annimmt. Das was jedes Kind in diesem Testament, durch das es nur Erbe seyn aber nicht von der Erbschaft ausgeschlossen werden kann, erhält, das soll es unter bestimmter Bezeichnung seines Namens und der Zahl seiner Uncien durch Worte bekommen a).

§. 669. n.

a) Auch hat schon längst Voet ad ff. lib. 28. tit. 1. §. 17. bemerkt:

Quodsi pater unum ex liberis suis tali voluntate minus solenni exheredem fecerit, addita vera et justa exheredandi causa, magis est, ut exheredatio inutilis habeatur, cum neque uspiam illa exheredandi licentia per leges de testamento privilegiato agentes concessa sit, neque exheredationes ulla sint adjuvan-

dæ

§. 669. n.

Fortsezung.

Diese Rechtsprincipien vorausgesezt, wie sie der Theorie vollkommen angemessen sind, können wir somit die Behauptung aufstellen, daß wenn die Frage: ob ein teutscher Reichsfürst eine Primogenitur in einem Testament ohne alle äussere Form errichten wollte? nach römischem, in Absicht auf die Feyerlichkeiten der Testamente durch ein teutsches Reichsgesez bestätigtem, Recht beantwortet werden sollte, die Entscheidung dahin ausfallen müßte, daß insoferne er in Hinsicht auf die testamentarische Form an diese

dæ interpretatione, L. 19. D. de lib. et posthum, atque insuper in nov. 107. c. s. expresse desideretur, liberorum nomina et uncias, in quibus eos pater scribit heredes, manu propria declarari, quale requisitum haud impletur, ubi nulla omnino portione relicta filius a paterna excluditur hereditate.

Zoesius ad pand. h. t. Carpzov def. for. p. III. const. 4. def. 21. Ant. Faber errores pragmaticorum Dec. 36. Err. 5. Wernher P. V. o. 210. I. F. Rivinus de filio in testamento parentis privilegiato non exheredando Lips. 1752. F. G. Zoller Diss. de liberis exheredibus in testamento parentum minus solenni. Lips. 1768. Idem Diss. de exheredatione bona mente facta. ibid. 1769. Die entgegengesezte Meinung statuiren Lauterbach coll. theor. pract. in tit. de testam. mil. §. 1. Dabelow im System des Civilrechts §. 2032. u. a. Vergl. Walch controversiæ juris civilis p. 329. §. 33.

diese gemeinrechtlichen Grundsäze gebunden seyn würde, eine solche Primogeniturverordnung selbst auch nicht als testamentum parentis inter liberos auf rechtliche Gültigkeit Ansprache machen könnte, weil der Vater die Kinder nicht präteriren, ohne Grund nicht enterben, und selbst auch ex justa causa ohne Form nicht enterben kann. Und insoferne hat es sich Herr Runde a) doch ein bischen gar zu leicht mit dieser Frage gemacht, wenn er daselbst sagt:

> cæterum controversiæ super iis motæ testamenta, quibus primogenitura introducitur, non adeo respiciunt, cum hæc regulariter sint testamenta parentum inter liberos.

§. 669. o.

Fortsezung.

Uns selbst aber könnte man vielleicht einer Inconsequenz beschuldigen, indem wir auf der einen Seite den Saz aufstellen, daß selbst ein Reichsfürst, wenn er durch Testament eine Primogeniturverordnung treffen wolle, an die gemeinrechtlichen Förmlichkeiten bey Testamenten gebunden sey, dagegen aber oben den Grundsaz aufgestellt haben, daß er der Sache nach an die Strenge des Civilrechts z. B. in Ansehung des Pflichttheils nicht gebunden sey.

Beydes kann jedoch nebeneinander bestehen. Es läßt sich denken, daß in Absicht auf die Frage: Ob? ein solcher Familienvater unbeschränkter sey, als in Hinsicht auf die Art und Weise: Wie? So

a) in der angef. Diss. de confirmatione caesarea, juris primogenituræ §. 17. n. a.

So wie jeder, der die Freyheit hat über sein Vermögen zu testiren, ob er gleich, wenn er seinen Zweck erreichen und gültig testiren will, die Formen beobachten muß, so würde ein solcher Reichsstand gerade in demselben Falle seyn. Es ist nicht gerade nothwendig, daß diese Avtonomie durchaus eine unbeschränkte sey, und überdies ist sie es nicht einmal ganz selbst in Absicht auf das Reelle, wie wir auch oben bemerkt haben; denn für einen Unterhalt der Nachgebohrnen muß gesorgt werden. (§. 669. h.)

Wenn hingegen ferner von einem andern Testator die Rede ist, der nicht Reichsstand, also entweder Edelmann von der Classe des niedern Adels oder vom bürgerlichem Stande wäre, und eine Primogenitur errichten wollte, da läßt sich kein Grund absehen, warum ein solcher, selbst wenn er ein testamentum inter liberos errichten wollte, in Ansehung der Form oder der Materie von den Beschränkungen befreyt wäre, welche das gemeine Recht gesezt hat a).

§. 669. p.

a) Wie schwankend übrigens die Rechtslehrer in ihrer Ansicht dieser Verhältnisse seyen, davon mag der alte tapfere Nic. Betsius in seinem tractatus nomico - politicus de statutis, pactis et consuetudinibus familiarum illustrium et nobilium, illis præsertim, quæ jus primogenituræ concernunt Francos. 1611. p. 454 nachgelesen werden. Sehr wohl aber läßt sich gerade aus dieser Beschaffenheit der Theorie und aus dieser Fluctuation der Meinungen das erklären, was Moser in dem teutschen Staatsrecht Th. XIII. p. 485. §. 20.

§. 669. p.

Fortsezung.

Ein ganz neues, in die Augen fallendes grosses Beyspiel einer Primogeniturverordnung stellt die neueste Weltgeschichte in Frankreich dar, welche als eine wahre Nationalangelegenheit, als ein Act einer grossen Nationalgesezgebung behandelt wurde. Das Senatusconsultum, das die Kayserwürde erblich einführte, verordnete:

„Die Regierung der Republik wird „einem Kayser anvertraut, der den Titel Kayser der Franzosen annimmt.

„Die kayserliche Würde ist erblich in der „directen leiblichen und gesezmäßigen „Nachkommenschaft des Napoleon Bonaparte, männlicher Linie, nach dem Erstgeburtsrecht und mit beständigem Ausschluß des weiblichen Geschlechts, und „der Nachkommenschaft desselben."

Der Kayser kann nach diesem Gesez Kinder oder Enkel seiner Brüder adoptiren, wenn er nicht selbst zur Zeit der Adoption Kinder männlichen Geschlechts hat. Wenn er nachher noch welche bekommt, so schliessen diese die angenommenen Söhne aus. Hinterläßt er keine solche leibliche oder adoptirte Nachkommen, so geht die Kayserwürde auf Joseph Bonaparte seinen (älteren) Bruder und dessen männliche Descen-
den-

20. f. bemerkt hat, daß nach der Praxis des kayserlichen Reichshofraths die Bestätigung von solchen Primogeniturverordnungen weit leichter erhalten werde, wenn sie durch Verträge, als wenn sie durch Testamente errichtet werden.

denten, nach Erstgeburtsrecht über. Nach Joseph Bonaparte und seinen Nachkommen aber auf Ludwig Bonaparte und seine Descendenten, auf gleiche Weise. Sterben aber alle diese männliche Nachkommen aus, so ist auch alsdann von keiner weiblichen Succession die Frage. Ein organisches Senatusconsultum, das dem Senat von den Inhabern der hohen Reichswürden vorgeschlagen worden, und dem Volk zur Annahme vorzulegen ist, soll alsdann den Kayser ernennen, und in seiner Familie die Erbfolgeordnung in männlicher Linie, mit beständigem Ausschluß der Frauen und ihrer Nachkommen festsezen. Durch die Annahme dieses Gesezes von dem Volke würde also gewissermassen noch der lezte Strahl der Idee durchschimmern, die so viel Unheil angerichtet hat, der Volkssouverainetät, über welche der erste Consul auf den ersten Antrag des Senats schon den bedeutendsten Commentar mit den Worten gab: „es hat uns stets diese grosse Wahrheit geleitet, daß die Souverainetät in dem französischen „Volke wohnt, insofern als alles, alles ohne „Ausnahme, für sein Interesse, sein Glück „und seinen Ruhm gethan werden muß" a).

Im Grunde gehört auch dieses neueste historische Beyspiel unter die Classe derjenigen Primoge-

a) S. Europäische Annalen Jahrgang 1804. VIII. St. S. 104. IX. St. 201.

Lesern, die diese ganze grosse Begebenheit von mehr als einer Seite beleuchtet wünschen, empfehlen wir Ernst Karl Wieland über die Einführung der erblichen Kayserwürde in Frankreich. Berlin 1804.

mogenituren, die durch's Gesez eingeführt werden. Es ist ein Gegenstück der Anordnungen der Goldenen Bulle für die teutschen Churhäuser, nur freylich noch im grösseren, modernen, Styl.

§. 669. q.

Lehens-oder oberherrliche Bestätigung solcher besonderen Successionsgeseze.

Nun erst, nachdem wir die verschiedenen Arten der Errichtung einer Primogenitur a) erörtert haben, kann davon die Frage seyn, ob eine solche Primogeniturverordnung der Bestätigung eines Obern bedürfe?

Diese Bestätigung würde nun entweder von dem Lehensherrn oder von der höchsten Staatsgewalt zu erwarten seyn.

Was nun zuerst die Bestätigung des Lehensherrn betrift, so ist zwar ein Lehrsaz, der sich in neueren Zeiten von Lehrbuch zu Lehrbuch verbreitet hat, daß der Lehensherr bey Veränderungen und Dispositionen des Vasallen über die Succession in dem Lehen schlechterdings kein Interesse habe, sobald die Succession nicht auf einen extraneus dadurch transferirt werde b). Und so könnte denn eine dergleichen Successionsordnung, eine Primogenitur u. s. w. eingeführt

a) oder einer andern von den verschiedenen besondern Successionsarten, die wir bisher erörtert haben! Denn was von der Primogenitur gilt, das muß nach der Gleichheit des Grundes auch von jenen andern gelten.

b) Ge. Lud. Bœhmer principia juris feudalis §. 296. und die das. angef. Schriftsteller.

geführt werden, ohne daß hiebey das Interesse des Lehensherrn in's Spiel käme, der also auch nichts dabey zu sagen hätte.

Wir können uns jedoch von jenem Vordersaz schon aus der Ursache nicht überzeugen, weil er in dieser Allgemeinheit gesagt auf die offenbarste Absurdität hinführen würde.

Sezen wir z. B. den Fall, daß bereits eine Linealfolge nach Primogenitur in einem Lehen eingeführt wäre, das allerdings ungetheilt in den Händen eines Besizers hinreichend wäre, diesen bey Würden zu erhalten, daß es aber nun auf einmal dem Vasallen, der sechs Söhne hätte, einfiele, eine Theilung unter seinen sechs Söhnen einzuführen; diese sollten seinem Willen nach heyrathen, damit er in einer recht zahlreichen Nachkommenschaft fortlebe. Nun wäre vorauszusehen, daß das getheilte Gut oder die getheilte Herrschaft bald nicht mehr zureichten diese sämmtlichen Familien zu erhalten. Es entstünden nothwendiger Weise Lehensschulden, allerley onera feudalia; der ehmals vorauszusehende frühere Heimfall des Lehens würde nicht nur in die höchste Entfernung gezogen, sondern das Lehen selbst liefe Gefahr, deteriorirt zu werden. Sollte da nun der Lehensherr kein Wort darein zu reden haben? Bey ruhigem Nachdenken wird wohl kein Sachkundiger dieses behaupten, und doch träte hier nicht der Fall ein, der bey Einführung einer Primogenitur, wo mehrere Söhne vorhanden sind, immer vorkommen muß, daß diese um ihr Successionsrecht, wenigstens in gewisser Maase, gebracht werden.

Dre-

Drehen wir nun aber auch den Fall um. Ein Lehensherr ertheilte z. B. einem Vasallen ein Gut zu einem Mannlehen, wobey er, weil es sich von selbst verstünde, daß die sämmtlichen Söhne des Vasallen, und sofort, succediren, keine weitere Anordnung in Absicht auf die Succession sich vorbehielte. Es wäre ihm gerade um eine zahlreiche, ihm lehnbare, Familie zu thun gewesen. Nun käme der Vasall, und wollte eine Primogenitur einführen. Sollte da der Lehensherr keine Einsprache zu machen haben?

Sezen wir ferner den Fall, daß der Lehensherr einem Vasallen und seinen Nachkommen ein Lehen zu einem g e m e i n e n, d u r c h g e h e n d e n, Weiberlehen ertheilt hätte.

Nun fiele es einem Vasallen ein, er wolle durch eine testamentarische Verordnung blosse Succession des Mannsstammes, oder Statt des feudi promiscui ein feudum successivum einführen: sollte dazu der Lehenherr kein Wort zu sagen haben?

Selbst schon das, daß der Lehenherr das Lehen zu einem Mann- oder Weiberlehen, (und zwar das leztere als feudum promiscuum oder successivum) ertheilt, ist ein Beweiß, daß er sich ursprünglich gleich als bey der Succession, wie sie in der Familie seines Vasallen Statt finden solle, interessirt erkannt und erklärt hat! Wenn man nun aber in's Allgemeine hin den Saz aufstellt, daß der Lehensherr bey Anordnungen über die Lehensfolge unter den Vasallen nichts zu sagen habe, w e i l s e i n I n t e r e s s e d a r u n t e r g a r n i c h t v e r s i r e, so ist dis, aufs gelindeste gesagt, ein Beweiß, wie öfters

unter dem Präsidium von Autoritäten sich irrige Säze im eigentlichen Verstande von Hand zu Hand, indem einer den andern abschreibt, fortpflanzen; und wer vollends Gelegenheit gehabt hat, alte Lehenbriefe erlauchter und adelicher Familien zu lesen, der wird sich, wenn er gerade hierauf seine Aufmerksamkeit gerichtet hat, überzeugt haben, daß in manchem wirklichen Falle der Lehensherr sich sogar ausdrücklich in Absicht auf die Statt finden sollende Successionsart in den Investiturbriefen prospicirt hat, welches wenigstens insoferne von einigem Gewicht ist, als dergleichen Beyspiele den Ausdruck einer durch die Natur der Sache begründeten Norm enthalten a).

§. 668. r.

a) Wir erinnern hier ungerne unsere Leser an einen Streit, bey welchem ruhige Prüfung, die allein die Wahrheit zu ihrem Object sezt, den Vorsiz nicht geführt hat. Der sel. Danz hatte einen mit allem Anstande und ruhiger Mäsigung verfaßten Aufsaz in das juridische Archiv I. B. I. Heft. S. 100 ff. eingerückt, unter dem Titel:

Ein merkwürdiger Successionsfall in einem Weiberlehen.

Diese Abhandlung verläugnete gar nicht, daß ein Fall dabey wirklich untergestellt war, wie schon der Titel ausweißt. Seine Ansicht stellte der Verf. nun auf, wie er sich dieselbe gebildet hatte. Urtheilen mochte jeder Sachverständige, ob er Recht oder Unrecht habe. Eine seiner Behauptungen, die freylich von wesentlichen Folgen auf die Entscheidung der dabey vorkommenden Rechtsfrage war, bestand darinn, daß der Lehensherr allerdings bey der Successionsordnung im Lehen interessirt sey, und man also in seinen Willen, wie er aus den Investiturbriefen enthalten sey,

der

§. 669. r.

Lehensherrliche Bestätigung.

Nach dem bisshergesagten wäre somit die Behauptung, daß der Consens des Lehensherrn zu Einführung einer Primogenitur durch Testament oder Vertrag umgangen werden könne, schon darum unerweislich, weil die erste Voraussezung, daß sein Interesse darunter nicht versire, ungegründet ist. Diejenigen Schriftsteller, welche dieser leztern Meinung beypflichten, schei-

der Reyhe nach aufsteigend zurückgehen müsse, um daraus die Verhältnisse der Lehenssuccession und der Familie des Vasallen zu erkennen. Die Prüfung des lezteren Sazes ist nicht dieses Orts, (obgleich wir denselben absolut, wie es von einem neueren Schriftsteller geschehen ist, nicht verwerfen möchten!) der erstere Saz hingegen ist nach unserer Ueberzeugung vollkommen wahr, daß nemlich der dominus directus bey der Lehensfolge, wie sie in der Familie des Vasallen Statt finden soll, ein rechtliches Interesse habe. Dabey aber versteht es sich von selbst, daß er auch kraft seines Rechts gleichgültig dabey bleiben könne, wenn er wolle, wenn ein jeweiliger Besizer des Lehens es unternähme, die Successionsart in demselben einer veränderten Ordnung durch seine besondere Disposition zu unterwerfen. Eben darum beweisen aber auch alle die Fälle, wo der dominus directus solche Anordnungen der Disposition des Vasallen überlassen hat, es seyen ihrer auch noch so viele, nichts dagegen, daß er eine Einsprache hätte thun können, wenn er gewollt hätte. Dieses alles ist nach unserer Ueberzeugung in der Theorie und nach dem ganzen Geist des Instituts eben so unwidersprechlich, als es in der Lehenrechtslitteratur von den

nen offenbar dem sogenannten dominium utile als Eigenthum des Vasallen eine allzuweite Ausdehnung zu geben. Sie ziehen wohl das nicht in hinlängliche Betrachtung, daß das dominium des Vasallen kein eigentliches volles dominium ist, und daß der Lehensherr in Absicht auf künftige Consolidation und in Absicht auf die Leistungen des Vasallen ein reelles Interesse dabey hat, in wessen Hände das Lehen durch den Erbgang gebracht wird, und daß er zwar gleichgültig dabey bleiben, daß er sogar seine stillschwei-

Rechtsgelehrten wirklich widersprochen worden ist. Nichtsdestoweniger aber trat gegen jene Danzische Ausführung ein ungenannter, obgleich nicht unbekannter Schriftsteller auf eine etwas unfreundliche Weise auf. Er warf es Danzen vor, daß seine Abhandlung ein Auszug einer Proceßschrift sey, was doch hier, wo die Sache an's gelehrte Publikum zur gesunden und ruhigen Beurtheilung des theoretischen Puncts gebracht war, auch nicht in die mindeste Betrachtung kam; er warf mit Hypothesen, mit paradoxen Säzen um sich, und gab nun — sollte man aus diesem Tone nicht so halb und halb zu der Vermuthung berechtiget seyn, damit Er Recht behalte? unter dem Titel:

„Beytrag zur Erörterung der Lehre „von der Erbfolge der weiblichen „Nachkommenschaft in subsidiarischen „Weiberlehen. Stuttgart 1802.

wie er selbst sagt, einen Auszug aus einem Informativgutachten, das Er schon A. 1794 in derselben Sache gestellt hatte, heraus. In diesem Aufsaz stellte er nun die Behauptung als ein Axiom des Lehnrechts auf, daß die Successionsordnung im Lehen den Lehenherrn nicht berühre. Dieses Axiom möch-

schweigende Einwilligung bey Errichtung einer veränderten Successionsordnung geben kann, daß aber ohne seine Einwilligung die Anordnung derselben mangelhaft seyn, und ihm das Recht unstreitig zustehen müsse, durch seinen dissensus dieselbe zu vernichten.

§. 669. s.

Fortsezung.

Von dieser Grundidee, daß dem Lehensherrn kein anderer Vasall aufgedrungen werden könne, als den er durch die Investitur bestimmt, oder

möchten wir nicht unterschreiben. Und wenn das Gutachten auf dieser Stüze beruht, so ist sie wenigstens sehr precär; sie beruht auf Autorität neuerer Meinungen; und welchen Werth hat diese für den selbstdenkenden Richter? Keinen andern als diesen: ihn aufmerksam zu machen, das pro und das contra über eine solche Frage zu vernehmen, wo es ihm zweifelhaft ist, welche Entscheidung die richtige sey; der Autorität bewährter Männer den Vorzug einzuräumen, und auf alle Fälle auf seiner Hut zu seyn, daß er nicht ungeprüft darüber abspreche? Erkennt er aber den Entscheidungsgrund aus der innern Nothwendigkeit, aus der Construction des Rechtsverhältnisses selbst, nach welcher es entstanden ist, dann wird der unbefangene, selbstständige Mann, in seinem Urtheil, bescheiden, aber fest seinen eigenen Weg gehen. Zu bedauren ist es, daß Danz durch jenen unfreundlichen Angriff gereizt über die Frage nunmehr eigentlich libellirte, Statt die Gründe seines Gegners mit kalter Ruhe zu zergliedern. S. was er hierüber selbst noch gesagt hat, und noch weiters auszuführen vorhatte, im juridischen Archiv III. B. II. Heft S. 251.

bey der Investitur dem gemeinrechtlichen Erbgang gemäß vorausgesezt hat, geht der liber feudorum aus, in welchem a) ausdrücklich gesagt wird:

si quis igitur decesserit, filiis vel filiabus superstitibus, succedant tantum filii æqualiter, vel nepotes ex filio, loco sui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente.

Ja selbst schon das ist ein Interesse des Lehensherrn, daß derjenige, der nach seiner ausdrücklichen Anordnung durch die Investitur oder aber nach seiner gesezlichen Erwartung sein Vasall werden sollte, es auch in der ganzen zukünftigen Reyhe des in dem Feudalcontract begriffenen Geschlechts wirklich werde. Es ist selbst sein Interesse, daß derjenige, der also den ausdrücklichen oder stillschweigenden Bestimmungen des ursprünglichen Investiturvertrags gemäs, und in einer gewissen Bedeutung ex pacto et providentia majorum zu succediren hat, nicht nach dem Gutdünken eines jeweiligen Besizers seiner Succession verlustig gemacht werden können. Er als dominus directus sezt den ersten Ertheiler des Lehens fort, wovon die Renovation der Investitur, welche so oft geschehen muß, als in der Person des Lehensherrn oder des Vasallen eine Veränderung vorgeht, die sprechendste symbolische Darstellung ist, und hat also auch ein Recht, daß das, in Hinsicht auf die Successionsordnung geschehe, in was jener ursprüng-

a) I. F. 8. pr.

sprünglich eingewilliget, was derselbe ursprünglich, ausdrücklich oder stillschweigend in Beziehung auf das Gesez gewollt hat. Auch ist die Meinung vieler neueren, die wir bisher zu beleuchten und zu widerlegen gesucht haben, denn doch nicht durchgängig nachgesprochen worden. So behauptet z. B. Joh. Gottfr. Bauer a), obgleich nicht immer aus festen Principien:

Interim non sine periculo consensus domini omittitur directi. Nam secundum regulam domino invito vasallus subtrahi nequit. arg. II. F. 55. Jam si de vasallo quæratur, cui invito regulariter ius succedendi in feudum adimi nequit, multo minus id ipsi auferri potest, invito domino directo. Nec indistincte verum est, quod asserit Horn J. F. c. XIV. §. 10. consensum domini non esse necessarium, quando ipsi vasallus alterius sanguinis non obtruditur. Non objicias, dominum, qui militem pro se et liberis de clientela investit, obligari quidem ad beneficium paternum liberis, non infidis, relinquendum; hanc obligationem vero non extendi, neque alio aliquo adfici onere vel incommodo, si unus de liberis, successione reliquorum suspensa, ad eam adspiret; hinc domino exceptionem deficientis interesse adversari, ubi per primogenituram ipsi vasal-

a) in Diss. de primogenitura sine consensu superioris ordinata Lips. 1753. §. 29.

vasallus alieni sanguinis non offertur; primogenituram potius antiquis respondere Germaniæ moribus, quibus dominus ad investituram uni tantum, non pluribus ex æquo ad successionem vocatis, concedendam obligatus est, nullam igitur adparere rationem, cur dominus primogenituram sine consensu suo ordinatam reprobet; potius rationis esse, ut eam tueatur, et secundogenitum ad voluntatem patris colendam compellat, quia ad domini commodum promovendum tendit, atque spem alit, fore ut apertura existat facilius; denique non deficere exempla, ubi Imperator, contradicente licet domino clientelari, confirmavit primogenituram.

Postquam vero Germaniæ mores, qui in uno feudo unum tantum, volente domino, admittunt successorem, in auram abierunt, et inter principes legitima liberorum ex jure recepta est romano, (?) dominus directus justam habet contradicendi causam, ne secundogenitum a successione in beneficium excludat, neque ad apanagium, a domino territorii adprobatum, accipiendum cogat, quia pater suo jure legitimam, filio non indigno debitam, gravare nequit, nec plenitudo potestatis, domino competens territoriali, tanta est, ut de successione in feudum, domi-

minum habens ipsi non subjectum, pro lubitu disponere, et juribus domini beneficiarii, non consentientis, derogare possit, dominus directus vero, vi nexus et fidei clientelaris, ad omnes, qui in prima investitura continentur, defendendos, eorumque utilitatem promovendum obligatur. Ad hoc igitur, ut hic ius primogeniturae quoad feudum frangere prohibeatur, non minus consensus ipsius est necessarius, perquem demum potestas territorialis vires accipit, ut pariter successionem primogeniti in beneficium confirmet.

§. 969. t.

Fortsezung.

Diese leztern Principien sind es, welchen wir eigentlich beypflichten. Sie widerlegen unseres Erachtens die mancherley schwankenden Zweifelsgründe, welche zuvor von dem Verf. angeführt wurden, vollkommen. Aber der in der angeführten Stelle allegirte Caspar Heinrich Horn muß sich in seiner iurisprudentia feudalis zu einer ganz andern Meinung bekannt haben, (wenn anders jenes Citat nicht aus den accessionibus des Herausgebers Christ. Hanaccius genommen ist:) als die er in einer eigenen Abhandlung über diese Materie a) angenommen

a) de testamentaria patris circa feudum dispositione Vitebergae, 1712.

men und zum Theil sehr gründlich ausgeführt hat. Hier behauptet derselbe bestimmt, daß selbst in dem feudum novum die Disposition dem ersten Erwerber nicht indistincte und zumalen alsdann, wenn dessen Söhne zugleich mit investirt worden, gar nicht zustehe. Auch führt er mehrere Beyspiele solcher particulargesezlichen Verordnungen an, ohne jedoch des Hauptgrundes zu erwähnen, der in der Natur der Sache so dringend liegt, das der dominus directus auf diejenige Successionsordnung unter seinen Vasallen selbst auch ein ius quæsitum habe, welche entweder ausdrücklich bey der Investitur verabredet oder als die gesezliche stillschweigend für alle Zukunft genehmiget wurde. Er ist nicht schuldig, sich einen andern Vasallen aufdringen zu lassen, die Succession geht ihren festgesezten Gang, nulla ordinatione defuncti manente vel valente. (I. F. 8.)

In Hinsicht auf das feudum antiquum hingegen, wo also schon ex pacto et providentia majorum succedirt wird, sagt jener angeführte Schriftsteller in dem §. 31. der angef. Abhandlung:

> Unanimis ferme DD. sententia habetur, nullam de his per ultimam voluntatem disponendi potestatem relictam esse. Vultejus L. 1. c. 9. n. 79. ibique allegati. Quod eo minus dubii habebit, si pater extraneum plane heredem vellet instituere. Ejusmodi enim dispositio, nisi ab agnatis aut simultanee investitis fuerit comprobata,

ta,

ta, ipso jure nulla erit, si quidem illis nec consentiente domino ius quæsitum interverti potest, nisi ea in allodio conditione heredes instituti sint, at adeundo hereditatem, ultimam de feudo voluntatem observent, namque tum, si placuerit conditio, eandem impugnare nequeunt. II. F. 45. At si inter liberos solum disposuerit pater, facilius ejusmodi dispositionem sustinendam esse putandum foret, cum liberi regulariter facta parentum præstare teneantur, et sancta ipsis ac legum instar eorum voluntas habenda sit. Nihilo tamen minus quamlibet parentis de feudo antiquo dispositionem nullam pronunciant Feudistæ, neque filios ad eandem observandam adstringi posse, contendunt ob famosum textum I. F. 8. Hinc concludunt, non posse patrem uni filiorum feudum relinquere, et aliis certam pecuniæ summam assignare, vel uni ex filiis in feudo plus quam alteri concedere, aut inæquales feudi portiones constituere. Rosenthal. c. 7. concl. 3. num. 4. seqq. lit. e. Schneidewin. d. feud. p. 439.

§. 669. u.

§. 669. u.

Fortsezung.

Wer erkennt nicht hier den Wechsel der Meinungen, dem auch das Lehenrecht, obgleich eine positive Wissenschaft, unterworfen ist. Streng und ganz consequent genommen war gewiß das Recht auf der Seite der ältern Feudisten, welche nicht blos von dem einseitigen Begriff des Eigenthums, und des darinn enthaltenen Dispositionsrechts des Vasallen ausgiengen, sondern den Geist des ganzen Verhältnisses vor Augen hatten.

Indessen hat doch jene berufene Stelle II. F. 45, welche Horn a. a. O. selbst angeführt hat, einige Bedenklichkeit und den Zweifel veranlaßt: ob nicht jene Regel, daß keine Disposition des jeweiligen Besizers die einmal regulirte Successionsordnung abändern könne, eine Limitation erhalte, soweit dieselbe wenigstens die Frage von dem nicht zu intervertirenden iure quæsito der präsumtiven Lehensfolger betrift? Und ob nicht diese Limitation darinn bestehe, daß 1) der Lehensfolger, wenn er von dem Erblasser in seinem übrigen Vermögen unter dieser Bedingung zum Erben eingesezt worden, sich die Disposition über das Lehen gefallen lassen müsse, wenn er im Allodium Erbe werden wolle; 2) daß der Sohn die Disposition des Vaters sich gefallen lassen müsse, wenn er im Allodium soweit

honorirt ist, als er in Hinsicht auf das feudum gravirt wird, a) weil er die Erbschaft nicht repudiiren und das feudum allein antreten kann?

§. 669. x.

Fortsezung.

Was den lezten Punct anbelangt, so ist es II. F. 45 entschieden, daß der Sohn das feudum vom Allodium nicht trennen darf, sed utrumque aut retineat, aut repudiet. Ob aber darinn die Folge liege, die man hineingelegt hat, und bis zu welcher hin noch eine sehr große Kluft befestiget ist, daß auch der Sohn, der als secundogenitus durch eine Primogenitur, die der Vater errichtet, ausgeschlossen würde, weil er im Allodium so viel erhält, daß er seinen Pflichttheil von der Verlassenschaft des Vaters im Reinen hat, sichs gefallen lassen müßte daß er vom Lehen nichts erhielte? dis ist eine große Frage. Denn ein anderes ist utrumque retinere aut utrumque repudiare, wozu er die Alternative hat, ein anderes hingegen, von dem Lehen gar nichts und nur das Allodium zu erhalten. Das leztere liegt aber auch durchaus nicht in jener Stelle des Lehenrechts, wo zuerst dieser Fall gesezt wird:

> si contigerit vasallum sine omni prole decedere: agnatus, ad quem

a) wenn er also auch nur seine legitimam von der ganzen Verlassenschaft des Vaters in salvo hat? Vergl. Joh. God. Bauer de primogenitura sine consensu superioris ordinata. §. 24.

Bayerische Staatsbibliothek München

quem universa hereditas pertinet, repudiata hereditate, feudum, si paternum fuerit retinere poterit; nec de debito hereditario aliquid feudi nomine solvere cogitur: sed in fructibus, si quos reliquit, ut de eis debitum solvatur, quo tempore decesserit (secundum quod supra diximus) considerabitur.

Sodann aber wird der zweyte Fall gesezt:

ubi vero (vasallus) filium reliquit, ipse non potest hereditatem sine beneficio repudiare, sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet; quo repudiato, ad agnatos, si paternum sit, pertinebit.

Der dritte Zusaz aber, der den filius vasallus betrift, ist dieser:

et licet alterum sine altero retinere non possit, agnatis tamen consentientibus poterit dominus eum, si voluerit, quasi de novo beneficio investire; quo facto licebit ei repudiata hereditate feudum tenere, nullo onere ei hereditario imminente.

Und insoferne pflichten wir ganz in der Theorie jenen alten Feudisten bey, welche ohne Einmischung dieser Stelle II. F. 45. sich lediglich an den Saz II. F. 8 halten: nulla ordinatione defuncti in feudo manente vel valente. Und dann redet, wenn man von dieser Prämisse ausgeht, die Stelle II. F. 45 gar nicht von dem Fall einer testamentarischen Disposition, deren

deren auch wirklich mit keiner Sylbe gedacht wird, sondern lediglich von dem Fall der Intestatsuccession, und von der Frage: ob der Successor die Lehensfolge antreten, und die Allodialfolge mit dem Effect repudiiren könne, daß er feudi nomine kein debitum hereditarium, d. h. keine Schuld des Erblassers zu bezahlen habe. Dis wird von vornen herein jedem Agnaten gestattet, nur dem Sohne nicht. Dieser kann sich von den Schulden des Vaters dadurch nicht liberiren, daß er blos das feudum antritt, und das Allodium repudiirt. Er mus also, wenn er die Schulden des Vaters nicht bezahlen will, beydes repudiiren, und das Lehen fällt dem nächsten Agnaten zu. (ad agnatos pertinebit). Und nur dann, wenn dieser, und eben so die folgenden zur Succession berufenen, consentiren, d. h. wenn sie erklären, daß sie von dem feudum nichts wollen, kann der dominus directus den Sohn mit demselben quasi de novo beneficio investiren. Dis ist ganz im Geist der successio ex pacto et providentia majorum, den Agnaten kann ihre rechtliche Erwartung nicht benommen werden, nur mit ihrem Consens kann es geschehen, daß das zugleich mit dem Allodium repudiirte Lehen zurückfällt, und der Sohn, der nun die Allodialverlassenschaft den Gläubigern überläßt, dadurch aus der Noth gerissen wird, daß der Lehensherr ihm das Lehen auf's neue verleyht.

Was man hier in diese Stelle II. F. 45 hineininterpetirt hat, als ob sie von testamentarischer Disposition abhange, die dem Vasallen offen stehe, und die der Sohn respectiren müsse, wenn er

Erbe im Allodium bleiben wolle, das findet sich mit keiner Sylbe darinn ausgedrückt. Unbegreiflich aber ist es, wie man die beyden Fälle, das utrumque retinere aut repudiare bey der successio ab intestato, und das Behalten des Allodiums oder auch nur eines verhältnismäßigen Pflichttheils gegen Anerkennung einer testamentarischen Verordnung, die z. B. den Secundogenitus seines Successionsrechts beraubt, gleichstellte und aus einem und eben demselben Princip entschied, wie dieses jedoch von vielen neueren allerdings geschehen ist a).

§. 669. z.

Fortsezung.

Der andere Fall, wodurch die Regel eine Einschränkung erlitte, daß keine testamentarische Disposition auch darum in feudo gelte, weil der dominus directus die Pflicht habe, die sämmtlichen zur Lehensfolge berechtigten bey ihrer rechtlichen Erwartung zu schüzen habe, den wir oben (§. 669. u) problematisch zur Erörterung aufstellten, wäre dieser: wenn nemlich der Vasall seinen Lehensfolger, der aber nicht sein Sohn wäre, im Allodium zu seinem Erben unter der Bedingung einsezte, daß er seine testamentarische Disposition z. B. eine Primogenitur im feudum anerkenne. Dieser Fall hat zwar das Eigenthümliche, daß der Vasall nicht an das utrumque aut retineat aut repudiet, gebunden ist, und daß ihm insoferne nicht

a) Vergl. Frid. Esaj. Pufendorf obverv. iur. univ. T. I. obs. 189.

nicht Unrecht geschieht, wenn er die Erbschaft antritt, und sich die Bedingung in Ansehung des feudum gefallen läßt. Auch sind seine Descendenten als seine Erben seine Facta anzuerkennen schuldig. Aber damit ist denn doch noch nicht dargethan, daß der Lehensherr um seines eigenen Rechts willen nichts, dabey zu sagen habe, und in keine Betrachtung komme. Und aus diesem Grunde sind wir, wenn von Principien der Theorie und nicht blos von Präjudicien und Autoritäten, die für das Gegentheil in Menge angeführt werden können, die Rede ist, die aus dem Geist des ganzen Verhältnisses hervorgehen, der Meinung jener ältern Feudisten zugethan, daß eine solche Disposition des Vasallen über das feudum nichtig sey, es wäre dann, daß durch den Consens des dominus directus, der zu dem Consens aller interessirten Theile hinzukäme, die Grundlegung einer solchen neuen Successionsordnung recht eigentlich erst convalescirte.

Zu läugnen aber ist es nicht, daß durch das Hereinziehen römischer Rechtsprincipien manche Stelle des liber feudorum, der ohnedis, wie der scharfsinnige Päz a) gezeigt hat, gar nicht als das Product Eines Mannes und als Ein Ganzes angesehen werden darf, sondern nach unserer Ueberzeugung als eine Urkundensammlung lehnrechtlicher Begriffe grossentheils in einzelnen Anwendungen betrachtet werden muß, auch in neueren Zeiten noch römischer gemacht wer-

a) Car. Wilh. Pæz de vera librorum juris feudalis Longobardici origine Gœttingæ, 1805.

den, als sie es in der That ist. So redet die Stelle 11 F. 45. ihrem Wortinhalt nach ganz vollkommen deutlich von der agnatischen Succession, und handelt von dem Fall, wie es der Lehensfolger mit den Schulden des Erblassers zu halten habe, wenn er zugleich Erbe im Allodium sey, ob er alsdenn nicht das Allodium schwinden lassen könne, um wenigstens das Lehen zu retten? Sie unterscheidet, ob der Successor ein Sohn sey, oder ein entfernter Agnat. Sie geht lediglich von den gesezlichen Successionsverhältnissen der Agnaten aus, und redet mit keinem Worte von testamentarischer Disposition. Und doch hat man, weil II. F. 1. Obertus ab Orto an seinen Anselmuccio geschrieben hat:

„Legum romanarum non est vilis au-
„ctoritas,“

allerley römische Principien von dem Recht testamentarischer Disposition des Eigenthümers über sein Eigenthum u. s. w. hineininterpretirt, und hat nicht bedacht, daß die Stelle II. F. 8. so deutlich mit den Worten: nulla ordinatione defuncti vel manente vel valente dagegen spricht, und daß dieser Ausspruch aus dem innersten Geist des Lehensverhältnisses selbst hervorgieng. Man hat sogar hier auf eine sehr unexegetische Weise beyde Stellen erst in Widerspruch unter einander gesezt, da sie sich doch gar nicht widersprechen, sobald man sie nach ihrem klaren Wortinhalt versteht. Und so scheint man sogar weiter gegangen zu seyn, als es Obertus ob Orto selbst gewollt hat, denn er limi-

limitirt jene Autorität des römischen Rechts ausdrücklich mit den Worten:

sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant, aut mores. Strenuus autem legis peritus, sicubi casus emerserit, qui consuetudine feudi non sit comprehensus, absque calumnia uti poterit lege scripta.

Mores aber konnten nichts anderes seyn, als der Geist des Lehensinstituts, wie er aus dem vollen Begriffe des Contractus feudalis hervorgieng, und in die Verhältnisse des gesellschaftlichen Lebens lebendig einverflochten war, und der ein in steter Reyhe zwischen Lehensherrn und Vasallen sich fortpflanzendes Verhältnis wechselsweiser persönlicher Rechte und Pflichten und einander zur Seite stehender (correspectiver) Realrechte in dem Lehen ist, und damals kein blos dogmatischer Begriff der Schule, sondern eine gangbare Form des gesellschaftlichen Zustandes war.

§. 669. a. a.

Fortsezung.

Das Resultat unserer bisherigen Untersuchungen in Absicht auf den Consens des Lehensherrn in die Errichtung einer neuen besondern Successionsordnung z. B. durch Primogenitur geht nun also dahin, daß wir 1) denselben für nothwendig und nicht blos als eine nüzliche Cautel erachten, daß wir 2) was die besondere Arten betrift, wodurch eine

solche Ordnung eingeführt werden könne, a) bey dem Testament um der Rechte des Lehensherrn sowohl als um der der Agnaten willen die Bestätigung für nöthig erachten, und daß uns die Freystellung testamentarischer Disposition des Vasallen unter der Bedingung, daß sein Erbe im Allodium die Disposition über das feudum anerkenne, eine fremdartige Einmischung der Interpretation des Gerichtsgebrauchs sey, die der eigentlichen Theorie des Lehenrechts zuwiederlaufe, und wenn sie auch gälte, den Rechten des Lehensherrn nicht präjudiciren könnte. Daß

b) bey Verträgen, wenn auch alle Glieder des Vasallengeschlechts consentiren, deren Interesse darunter versirt, der Consens des Lehensherrn um seiner eigenen Rechte willen nichts destoweniger nothwendig sey, und von seiner Willkühr abhänge. Dasselbe gilt c) von der Familienobservanz als stillschweigendem Vertrag.

Bey allen diesen dreyen Modis ist jedoch 3) noch das zu bemerken, daß auch ein stillschweigender Consens des Lehenherrn hinreichen könne, und daß, wenn ihm die Errichtung einer solchen Verordnung auf gehörige Weise zur Wissenschaft gekommen ist, und er sich nicht dagegen erklärt hat, hier das qui tacet, consentire videtur des c. 43. x. de R. I. in 6. bey einem solchen silentium qualificatum seine Anwendung finde.

§. 669. b. b.

§. 669. b. b.

Fortsezung.

Leicht genug hat es sich, man pflichte nun, welcher Meinung bey, welcher man will, Herr Runde gemacht, wenn er (§. 669) sagt:

„Bey keiner dieser Erbfolgsordnungen, „die Güter mögen Lehen oder Allodi„um seyn, ist der Lehenherr oder derje„nige, dessen höchster Gewalt Personen „und Güter unterworfen sind, so weit „(?) interessirt, daß ihre Einwilligung „oder Bestätigung dazu für nothwendig „gehalten werden muste."

Was heißt hier das: nicht soweit interessirt? Es wird damit nicht geläugnet, daß ein Interesse Statt finde, und nur das widersprochen, daß es so weit gehe. Wie weit geht es denn aber, und wo ist die Gränzlinie? Eine ausführliche Entwicklung kann man über solche specielle Fragen von einem Lehrbuch nicht erwarten, aber der hauptsächliche Unterscheidungsgrund hätte wenigstens angedeutet werden sollen.

Es müste uns alles täuschen, oder wir hätten, was den Lehensherrn anbetrift, gezeigt, daß er ein Interesse und ein Recht der Bestätigung habe, das nicht blos zu den Cautelen gehört. Und wenn wir bey Reichslehen den Kayser als obersten Lehensherrn betrachten, so findet auch dasselbe seine Anwendung, wenn nemlich davon die Frage ist: ob und in wie weit in einem solchen lehnbarem Lande eine Primogenitur oder eine andere von der bisherigen ab-

weichende Successionsnorm von einem Fürsten oder Stande des Reichs eingeführt werden könne? Es gehört dazu der Consens der interessirten Theile, welchen ihr ius quæsitum nicht genommen werden kann, oder wenigstens, wenn es die Nothwendigkeit des Hauses und Landes erfordern sollte, ein standesmäßiger Unterhalt verschaft werden muß, (§. 669. k.) und der Consens des Reichsoberhaupts als des obersten Lehensherrn um seiner und ihrer Rechte willen. Horn a) sagt:

> Nec liberius circa principatum, feudum Imperii antiquum, testandi arbitrium principi patri concedendum videtur. Etenim feuda ejusmodi antiqua similiter non patris beneficio acquirunt filii, sed ex pacto et providentia majorum, atque ex concedentis liberalitate ipso ad eos jure pertinent, quæ testamento auferri, vel minui, ipsis invitis, nulla ratione possunt. Hinc pro regula tradi, ait Reinking de R. S. et E. lib. 1. cl. 4. e. 17. n. 56. quod feuda Dignitatum hoc speciali jure habeant, ut non admittant ullam successionem hereditariam, nec tam ex causa successionis hereditariæ, quam ex pacto et investitura deferantur. Ex quibus facile colligitur, principem in testamento de ipsa feudi regalis proprietate disponere, ac jus primogenituræ in aliorum nisi ipsi consentiant, præjudicium introducere non posse. Myler de princ. et

a) in der angef. Abh. §. 32.

et stat. imp. P. 1. c. 23. §. 7 Rhet. de transmiss. territ. gam. c. 2. u. 16.

Strenge genommen hat er auch wohl ganz recht, nur dürfte bey Umständen gebieterischer Nothwendigkeit das Recht solcher interessirten Agnaten, wenn für ihren verhältnismäßigen Unterhalt gesorgt würde, gerettet seyn, und eine oberstlehensherrliche Confirmation würde, wenn sie zu einem solchen Vertrag hinzukäme, kein Act der Willkühr gegen diesen oder jenen contradicenten seyn.

§. 669. c. c.

Oberherrliche Bestätigung.

Eine andere Frage ist, ob die oberherrliche Bestätigung der höchsten Staatsgewalt erforderlich sey, wenn eine solche besondere Successionsnorm errichtet werden wolle? Hier sind wir nun allerdings der Meinung, daß eine solche Successionsnorm entweder die übrigen Requisiten ihrer Gültigkeit hat, oder nicht. Hat sie dieselbe nicht, so würde die oberherrliche Bestätigung das ius quæsitum derjenigen, welchen an der Richtigkeit gelegen ist, damit ihre Rechte unverlezt blieben, keinesweegs aufheben können. Ist dieselbe aber schon an sich gültig, so ist die Confirmation dessen, was schon an sich recht ist, eine zur Begründung des Rechts überflüssige Sache. Auch darf hier das Verhältnis des Lehensherrn mit dem oberherrlichen Verhältnis des Staatsoberhaupts nicht verwechselt werden. Zwischen dem Staatsoberhaupt und dem Innhaber eines nicht lehnbaren Gutes besteht kein

kein Nexus des Feudalcontracts und eines sich fortpflanzenden correspectiven Realrechts beyder Theile in ebenderselben Sache. Diese Grundsäze aber sind ihrer Natur nach allgemein, und gelten sowohl von landesherrlicher als reichsoberhauptlicher Bestätigung. Der Landesherr kann, was nicht Recht d. h. dem Gesez und den daraus entspringenden erworbenen Rechten zuwider ist, eben so wenig zum Recht machen als der Kayser. Und wenn Herr Runde §. 669. sagt:

„Den gegründeten Widerspruch anderer „aber, die bey der Sache wirklich interessirt sind, zu heben, vermag so wenig „kayserliche oder landesherrliche Machtvollkommenheit, als Lehensherrliches Obereigenthum, wenn nicht „Despotismus als Recht gelten soll;“

so ergiebt sich aus demjenigen, was wir bisher ausgeführt haben, daß wir die Verhältnisse des Lehensherrn aus einem andern Gesichtspuncte betrachten. Dagegen aber pflichten wir im übrigen dieser Behauptung vollkommen bey, deren Gründe der nemliche Verfasser, zwar immer mit Gleichstellung des lehensherrlichen und des oberherrlichen Verhältnisses insbesondere in Beziehung auf die kayserliche Confirmation gegen Betsius a) und Ludolf b) weiter ausgeführt hat.

a) de statutis, pactis et consuetudinibus familiarum illustrium etc. c. 10. §. 57.

b) de introductione juris primogenituræ Part. spec. aph. VI. p. 43.

hat. a) Sprechender kann übrigens gegen die Nothwendigkeit der kayserlichen Confirmation Niemand sich erklärt haben, als es in der kayserlichen Bestätigung der Hessen-Casselischen Primogeniturordnung von J. 1628 geschehen ist, welche Worte Herr Runde §. 669. selbst angeführt hat, und welche wir um des Zusammenhangs willen hier beysezen:

„Es würde zwar ohndieß Sothanes „Primogeniturrecht seinen Stand und „Richtigkeit haben, auch hinführo dabey „verbleiben; allein der zanksüchtigen Welt „Spaltung und Irrung halber, und weil „andere dergleichen Confirmations-Briefe „hätten, habe man solchen kayserlichen „Consens auch einholen wollen, cum „superflua non noceant.“

Indessen ist doch nicht zu läugnen, daß die kayserliche Confirmation sehr nüzlich ist, denn man kann, wenn man auch noch so sehr in der Theorie Recht hätte, denn doch in die Lage kommen,

a) in Diss. sæpius cit. de confirmatione cæsarea juris primogenituræ, Gœtting. 1770. womit noch zu vergleichen ist:

Guil. Aug. Rudlof de confirmatione cæsarea juris primogenituræ in familiis illustribus Germaniæ, inprimis intuitu feudorum imperii. Rüzov. 1771. und

Jo. Steph. Pütter: ob es als eine allgemeine Regel angenommen werden könne, daß Erbverträge reichsständischer Häuser ohne kayserliche Bestätigung nicht zu Recht beständig seyen? in s. Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte II. Th. Göttingen 1779. n. 34.

men, die dem Effect derjenigen, da man Unrecht hat, am Ende vollkommen gleich ist, wenn man nicht die Gewisheit hat, daß der Richter auf unser Recht erkennen werde. Es kann in der Welt soweit kommen, daß es am Ende heißt: wo kein Richter ist, da ist auch kein Kläger. Aber der kayserliche Reichshofrath a) wird doch wohl auf eine solche Successionsnorm erkennen, die er selbst nach vorgängiger causæ cognitio bestätiget hat?

§. 670.

Rechte der Nachgebohrnen.

„Wenn also der allgewalltige Arm der Machtvollkommenheit den Nachgebohrnen nicht willkührlich nehmen darf, was ihnen nach wohlerworbenem Rechte gebührt; so muß die Einführung des Primogeniturrechts womöglich mit ihrem guten Willen geschehen.

(So fährt Herr Runde weiter fort.) „Wenn dieser nicht zu erhalten ist, so kommt alles darauf an, ob durch die einzuführende Primogenitur die öffentliche Wohlfart von Land und Leuten, oder wenigstens das Beste einer Familie so sehr befördert wird, daß der Vater solcher gerechten Ursache wegen von seinen Kindern denjenigen Gehorsam fordern kann, welchen die Geseze in allen billigen und den Kindern selbst nüzlichen Dingen bestätigen. Sind keine Ursachen von der Art zur

a) von Reichscammergerichtlicher Bestätigung solcher reichsständischen Hausgeseze soll kein Beyspiel erfindlich seyn. Mosers teutsches Staatsrecht T. XIII. p. 482. §. 11. 12.

zur Einführung der Primogenitur vorhanden: so müssen einseitige Anordnungen derselben in altväterlichen Stammgütern ganz unterbleiben; von freyen Erbgütern hingegen mus den Nachgebohrnen wenigstens ein reiner Pflichttheil hinterlassen werden." Ohne Einschränkung möchten wir diese Säze nicht zu den unsrigen machen. Wir unterscheiden in Ansehung der Personen. Sind es Fürstliche oder Reichsständische Häuser, deren Wohlfarth, die in jedem Falle von der Wohlfarth des Landes nicht getrennt werden sollte, im vorliegenden Falle aber, wo es um Zusammenziehung der Kräfte zu Erhaltung bey eigener Selbständigkeit zu thun ist, zuverläsig unzertrennlich von der Wohlfarth des Landes ist; so glauben wir, daß eine solche Anordnung von einem jeweiligen Besizer gerechtfertiget werden könne, vorausgesezt daß für den verhältnismäßigen Unterhalt der Nachgebohrnen durch Abfindung gesorgt werde. Bey Reichslehen aber erachten wir den Consens des Reichsoberhaupts als obersten Lehensherrn für nothwendig, so wie wir auf alle Fälle bey dergleichen Anordnungen im Lehen den lehensherrlichen Consens erfordern.

Sind es Personen anderen Standes, adeliche oder sonst von freyer Geburt, so tritt bey diesen kein so laut redender Grund der Nothwendigkeit für die Errichtung einer Primogenitur ein. Wir glauben daher, daß zuförderst bey neuerworbenen Gütern auf alle Fälle den Nachgebohrnen der Pflichttheil unverkürzt erhalten werden müste. Bey altväterlichen Stammgütern kann den Kindern ihr Recht der hergebrachten Succession einseitig nicht benommen werden.

Auch gilt derselbe Grund bey Lehen, wo zuförderst der Consens des Lehensherrn erforderlich ist, der in eine gewisse Successionsordnung bey der Investitur ausdrücklich oder stillschweigend (unter Voraussezung der gesezlichen gemeinen Bestimmungen) gewilliget hat. Und eben darum würden wir selbst bey dem feudum novum dem primus acquirens eine eigenmächtige Verordnung wenn er noch keinen Successor hat, ohne Consens des Lehensherrn nicht als vollständig gültig zusprechen; wenn er aber schon zahlreichere Succession zur Zeit einer solchen zu treffenden Verordnung hätte, so würden schon diese Nachgebohrnen, da sie als in der Investitur begriffen, bereits ein ius quæsitum hätten, so gut als bey dem feudum antiquum ein ius contradicendi haben. Nur wissen wir freylich, und läugnen es auch als ein Factum der juridischen Dogmengeschichte nicht, daß die Interpretation ein Recht des Vasallen in das System hereingebracht hat, es dem Allodialerben zur Bedingung zu machen, daß er sich die von ihm errichtete Successionsordnung gefallen lasse. Aber redlich zu bekennen, die Regel, daß der Vater in solchen Dingen denjenigen Gehorsam fordern könne, welchen die Geseze in allen billigen und den Kindern selbst nüzlichen Dingen bestätigen, ist uns so in's Allgemeine gefaßt zu vag.

§. 671. a.

Apanage.

Auf alle Fälle gebührt den Nachgebohrnen bey Einführung der Primogenitur aus den Gütern, welche diese Erbfolgeordnung unterworfen wer-

werden, eine Versorgung. Diese kommt unter dem Namen Deputat, fürstlicher oder gräflicher Unterhalt, Abfindung, Apanagium, (apanage) apanamentum, paragium (parage), freragium (frérage) vor.

Diese Materie hat in der Geschichte ihrer Litteratur manchen Kampf, der rüstig genug und von berühmten Kämpfern gekämpft wurde, aufzuweisen.

In Frankreich war nemlich eine Sitte, die auch in Spanien und Italien herrschend war, daß der Nachgebohrne bey Errichtung einer solchen Primogenitur seinen Antheil an dem Gute und in einer gewissen Gleichstellung erhielt.

Hervé a) beschreibt die altfranzösische Rechtssitte also:

> L'équité naturelle et le droit du sang ne permirent pas cependant, que l'intégratité des fiefs restât à l'ainé. Il donnoit un apanage à ses cadets, et ceux-ci lui en faisoient hommage.
>
> Cet hommage étoit plutôt une prérogative d'honneur, qu'un acte de soumission féodale. Il n'altéroit point la véritable égalité que la nature avoit mise entre les cadets et l'aîné; et il ne mettoit aucune différence dans le titre de leur propriété. Enfin le puîné étoit tellement l'égal de son aîné, il tenoit tellement au même titre que lui, qu'il étoit à son choix ou de lui porter l'hommage,

a) in s. Théorie des matières féodales et censuelles T. I. p. 210.

mage, ou de le porter au seigneur duquel l'aîné relevoit lui-même. Cette raison d'égalité fit appeler cette manière de tenir parage de paritas. On l'appella aussi frèrage, parce qu'elle avoit lieu entre frères.

L'ainé étoit obligé d'acquitter les cadets qui tenoient de lui en parage, de l'hommage, des droits de rachat et généralement du service ordinaire, envers le suzerain. Par cette raison il ne pouvoit vendre sa terre, sans dedommager ses puînés de la perte qu'ils souffroient de cette vente, qui faisoit cesser le parage. La faveur du parage s'étendit jusqu'aux enfans des cadets. Ils jouirent de la même faveur que leurs pères, et tinrent comme eux leurs possessions en parage.

Als man nun anfieng, das Rechtsinstitut der Primogenitur, das im sechzehnten Jahrhunderte sich erst bestimmter in seinem Begriffe abrundete, gelehrt zu bearbeiten, so waren die Antesignani der juridischen Litteratur Spanier, Italiäner und Franzosen. Diese hatten nun auch die Primogenitur nach ihrer vaterländischen Weise erörtert, und nun fiengen die Teutschen im XVIIten Jahrhundert an, in diese Rechtslehre, die sie für Teutschland bearbeiteten, die ausländische Rechtssitte dieser Art einzumischen. Dis that Nic. Betsius a) und insbesondere G.

H.

a) in dem oft angef. Tract. de statutis pactis et consuetudinibus. Francof. 1611.

H. Springsfeld a). Weil nun ein offenbarer Unterschied in der Art der Abfindung für Nachgebohrnen lag, ob sie blos aus den Primogeniturgütern mit Einkünften abgefunden wurden, oder ob sie ein solches parage erhielten, so stellte Springsfeld, um denn doch beydes unter den einen Begriff Apanagium zu bringen, einen Unterschied auf zwischen apanagium proprium und improprium und begriff unter jenem das paragium.

Noch weiter aber gieng Joh. Schilter b), der zwar jene Eintheilung verwarf, dagegen aber, freylich zu Gunsten seines Wohlthäters des Pfalzgrafen Christians II. von Birkenfeld die Theorie vom französischen paragium auf teutsche Apanagien anwandte, eo usque prolapsus, wie Joh. Ad. Kopp c) sich ausdrückt, ut paragiatos, ad divisiones quoque terrarum veras et totas, licet inæquales, admitteret, ipsisque plenum ius territorii, s. superioritatem, quam vocant, territorialem cum jure suffragii in comitiis, tam universalibus quam particularibus tribuerit.

a) de apanagio Erford. 1641.

b) de paragio et apanagio Argentor. 1701.

c) de incongrua adplicatione paragii et apanagii improprii ad familias Germanorum illustres §. 5. in Joh. St. Pütteri sylloge commentationum jus privatum principum illiustrantium n. 2.

Gegen Schilter trat der gelehrte Joh. Nic. Hert a) auf. Er bestritt die Behauptung, daß die teutschen Apanagia paragia seyen; aber er kam wieder, weil er denn doch nicht läugnen konnte, daß es Fälle gab, wo das apanagium mehr enthielt, als gewöhnlich darinn lag, auf den Unterschied zwischen apanagium proprium und improprium zurück, und definirte oder beschrieb das leztere also:

ubi primogenitus quidem est regionum dominus, sed apanagiatus certam regionis partem regendam accipit, et quidem interdum cum quibusdam regalibus, interdum ita, ut primogeniti superioritatis territorialis exercitium temperetur, quando cum eo in nonnullis juribus secundogenitus concurrit. Auch Christ. Thomasius mischte sich unter veränderten Namen in den Streit, und vertheidigte die Meinung Schilters b).

§. 671. b.

Fortsezung.

Sehen wir diesem ganzen Streit mit unbefangenem Blicke zu, so läßt es sich sehr deutlich erkennen, wie ein jeder von allen diesen Schrift- stel-

a) in Diss. de commentitia apanagii et paragii distinctione in romano germanici Imperii principatibus profanis et comitatibus Gissæ 1709. in s. opusc. Vol. II. Tom. 2.

b) Ueber die Litteratur dieser Materie S. Mosers Familienstaatsrecht 1. Th. S. 361. Mehrere Schriften hat gesammelt Joach. Meyer in corpore juris apanagii et paragii Lemgov. 1727.

stellern von einer gewissen Seite die Sache betrachtet recht hatte, aber eben darum keiner ganz das Recht auf seiner Seite haben konnte. Es ist auf der einen Seite nicht zu läugnen, daß offenbar das apanagium, wie es gewöhnlich in Teutschland vorkommt, als Abfindung oder Deputat nachgebohrner Herrn aus den Gütern von dem französischen paragium himmelweit abweicht. Und überhaupt verräth es einigen Mangel an Critik, wenn man nur so geradezu gewisser Aehnlichkeiten wegen das ausländische Recht als eine Erkenntnisquelle für teutsche Rechtsinstitute aufnimmt. Auch scheint selbst die Eintheilung des apanagii in proprium und improprium nach logischen Gesezen betrachtet keine divisio generis in species zu seyn, weil das improprium als Abart mehr nur unter die affinia des Begriffs, wie's die alten juridischen Logicker zu nennen pflegten, zu gehören scheint.

Auf der andern Seite ist jedoch nicht zu läugnen, daß das paragium der Franzosen, als geringerer Antheil, den der Nachgebohrne an dem Familiengute nach dem Recht einer gewissen Gleichheit hatte, darinn mit unserem apanagium übereinkommt, daß es Abfindung der Nachgebohrnen für den Vorzug des Erstgebohrnen ist, und zwar Abfindung aus dem Gute. Sodann ist das nicht sowohl tadelnswerth, das man auswärtige Rechtssitten vergleicht, um durch diese Vergleichungen die Geseze, nach welchen der menschliche Geist in Ausbildung und Einkleidung der einzelnen Rechtsverhältnisse verfuhr, zu erforschen, als vielmehr blos die flache Art der An-

wendungen des Einzelnen auf's Einzelne, welche stets einen Schluß a particulari ad generale wenigstens, wenn auch nicht ad universale, zur Grundlage hat. Wenn daher gelehrte Germanisten, um in die Geseze der Rechtsverhältnisse, so wie sie in Gesezbüchern und Gebräuchen bestimmt wurden, einzudringen, und um die ratio legis, die der Grund oder die Vernunftbedingung aller dieser Bestimmungen war, herzustellen ihre Induction so vollständig als möglich haben wollten, und alles ähnliche Mannigfaltige sorgfältig sammelten, um die Abstraction der Begriffe darauf zu gründen; so war das vielmehr ein Beweis, daß ihrem Geiste wenigstens eine gewisse Idee von einem höheren, eigentlich wissenschaftlichen Standpunct für die Behandlung des teutschen Rechts vorschwebte, und nur das würde ihnen etwa zum Vorwurf gereichen, wenn sie auf einer zu niedrigen Stufe der Abstraction stehen geblieben wären. Das mochte denn wirklich den Tadlern der Eintheilung des apanagii in proprium und improprium begegnet seyn, wenn sie die Eintheilung, so ferne sie richtig gemacht wurde, anfochten; den Urhebern der Eintheilung begegnete es alsdann zuverlässig, wenn sie den Gattungsbegriff des apanagium so enge sezten, daß das improprium wirklich nicht darunter paßte.

§. 671. c.

Fortsezung.

Sezen wir den Gattungsbegriff so, daß wir sagen: wo sich Primogenitur findet, da findet

sich häufig a) auch die Rechtssitte, daß die Nachgebohrnen einen Unterhalt (Abfindung, Deputat oder wie es nun genannt wird:) aus den Gütern, die das Object der Erstgeburtsfolge ausmachen, erhalten, so haben wir die allgemeinste Merkmale des Gattungsbegriffs Apanagium. Es ist also der Unterhalt, den die Nachgebohrnen bey eingeführtem Erstgeburtsrecht aus den dieser Successionsordnung unterworfenen Gütern bekommen.

Aus der Natur dieses Begriffs fliest nun nur dieses, daß der Nachgebohrne, wenn er nicht andere Vortheile, z. B. einzelne Hoheitsrechte oder eigens abgetheilte Güter zugesichert erhalten hat, sich mit Einkünften begnügen muß. Dem Wesen des Gattungsbegriffs aber widerspricht es durchaus nicht, daß ihm ein Antheil an dem Familiengute oder Territorium, und daß ihm gewisse Hoheitsrechte, ja sogar wirkliche Landeshoheit zukommen. Aber diese Bestimmungen sind in der Theorie gedacht accidentalia, d. h. sie müssen, wenn sie angenommen werden sollen, dargethan werden, daß sie positiven Ursprungs seyen. Und so widerspricht es sich denn logisch gar nicht zu sagen, jener all-

a) Wir sagen absichtlich häufig. Denn es sind uns selbst fürstliche Häuser in Teutschland bekannt, wo nicht jeder Nachgebohrne eine Abfindung von dem Hause hat, dem er angehört, und wo das Erstgeburtsrecht in seiner ganzen eisernen Strenge über diese wirklich bedaurenswürdigen Abkömmlinge grosser Häuser mit grossen Namen und nicht selten — grossen Schulden herrscht

gemeine Begriff des apanagium zerfalle in die beyden species: das apanagium proprium im engern Sinne als Abfindung der Nachgebohrnen aus den der Erstgeburtsfolge unterworfenen Gütern, und wenn man will das apanagium improprium (ja selbst wenn man will paragium, nur mit richtig untergestelltem Begriff!), als Abfindung des Nachgebohrnen durch einen wirklich angewiesenen Theil der Güter mit mehr oder weniger ausgedehnten Rechten der Verwaltung in derselben. Und nun fügt es sich gerade recht artig in Teutschland, daß das, was die Natur des apanagii im Allgemeinen mit sich bringt, wirklich auch nach dem bekannten Canon: a potiori fit denominatio, die Regel ausmacht.

§. 671. d.

Verschiedene Rechte apanagirter Herrn.

Der obenangeführte Joh. Ad. Kopp a) stellt zum Behuf der Beurtheilung solcher Fälle, wo es zweifelhaft scheinen dürfte, was für eine Beschaffenheit des apanagii anzunehmen sey, folgende Regeln auf:

I. Quotiescunque controversia oritur inter fratres vel agnatos de juribus primogenituræ et apanagii; totiescunque ante omnia cunctas in partes dispiciendum est, utrum terræ adsint dividuæ, an individuæ, atque regimen, die Landes

a) in der Abh. de incongrua adplicatione paragii et apanagii improprii ad familias Germanorum illustres in Pütters sylloge commentationum jus priv. princ. illustrantium N. 2.

des=Regierung, vel uni relictum, vel inter plures vere divisum?

II. Quotiescunque regimen terrarum, die Landes=Regierung, penes solum natu maximum est; toties portio, fratribus postgenitis concessa, est verum et proprium apanagium Germanicum, quanta quanta etiam fuerit, et quomodocunque constituta.

III. Quotiescunque vero terræ earumque regimen vere dividuntur, licet per partes maxime inæquales, toties neque jus primogenituræ, nec apanagium adest, sed quilibet fratrum pro sua portione est princeps vel comes regens, ein regierender Herr.

In der Hauptsache mögen diese Regeln dazu dienen, den Standpunkt der Ansicht solcher individuellen Verhältnisse zu fixiren. Auch ist dasjenige sehr erläuternd, was der Verf. über die Verhältnisse der Hessischen Häuser bemerkt hat. Nur dürfte das noch zu erinnern seyn, daß immer selbst alsdann, wenn nur Einer und zwar der Erstgebohrne regierender Herr ist, und die andern apanagirt sind, immer noch ein specifischer Unterschied Statt findet, ob die leztern blos durch Einkünfte, oder durch angewiesene Theile des Territoriums ihre Abfindung erhalten haben.

§. 671. e.

Proportion für die Apanage.

Ungeschickt ist freylich die Benennung Pflichttheil für die eine und die andere Art des apanagii

nagii in mehr als einem Betracht. a) Wer einen Pflichttheil erhält, erhält ihn als volles privatives Eigenthum, worauf den andern Personen, welchen die übrige Verlassenschaft zufällt, durchaus keine Rechte zustehen, denn die römische legitima ist omnis gravaminis impatiens. Am allerwenigsten aber ist die Abfindung eine solche legitima, wenn sie blos in Einkünften besteht. Und doch kommt auch hier eine Analogie nicht übel zu Statten, die besser ist als ein blosses willkührliches Ermessen des Richters. Joh. Steph. Pütter b), dessen ächt practischer Sinn da er zumalen so viele wirkliche Verhältnisse kennen gelernt und Geschäfte behandelt hat, für uns von bedeutender Autorität ist, bemerkt unsers Ermessens sehr richtig:

> quodsi lege, pacto, vel testamento quota ista præfinita, e. g. ut redituum quarta pars apanagium efficiat, cessat quidem ea difficultas. At si nihil tale definitum exstat, vix cuique et primogenito et apanagiato quis satisfacere poterit. Enimvero hoc casu, etsi alias legitima tanquam norma apanagii non præscribi possit, securius tamen, ii, quo-

a) Vergl. die in der Note b. bey Runde §. 671. alleg. Schriftsteller.

b) de augendo apanagio auctis reditibus natu maximi filii penes quem imperium est, vulgo primogeniti regentis c. II. §. 27. in obged. Sylloge N. 2. wozu die Abhandlung von Kopp die Präfation ist.

quorum est definire apanagii quantitatem, legitimæ proportionem quodammodo sequuntur, ne vel minima conquerendi materia relinquatur postgenitis, quippe qui ne jure civili quidem plus legitima petere possunt. In eo vero consistit hæc legitimæ proportio, ut quanta postgeniti cujusque foret legitima, si reditus deductis deducendis loco massæ hereditatis forent; tantum cuique postgenito circiter detur apanagium.

In dem schol. II. sezt er noch die Bemerkung bey:

solet quidem postgenitis modo minus, modo majus apanagium dari. Hoc tamen ex plerisque pactis testamentisque perspexi, omnium apanagiorum summam non superare solere quartam redituum partem. Uti prudentissime Ernestus Ludovicus Dux Meiningensis testamento suo d. 26. Febr. 1721 sanxit: daß sothane Apanagia insgesammt den vierten Theil der gesammten Revenuen des regierenden Herrn nicht übertreffen sollten.

§. 671. f.

Verminderung oder Vermehrung der Apanage.

Wie soll es aber alsdann gehalten werden, wenn die Besizungen des Erstgebohrnen einen be-

beträchtlichen Zuwachs oder eine bedeutende Verminderung erhalten haben? bleibt das festgesezte Apanagium dessen ungeachtet unverändert, oder ist es mit Recht einer Veränderung zu unterwerfen?

Merkwürdig ist es, daß die Beyspiele weit häufiger sind, nach welchen in dergleichen Primogeniturverordnungen den Nachgebohrnen auf den Fall eines Zuwachses an Land und Leuten die Vermehrung ihrer Apanage ja sogar nicht selten ihre rechtmäsige Anforderung und gebührender Zutritt ausdrücklich vorbehalten wurden, als solche, wo jede Vermehrung des apanagii auf alle Fälle ausgeschlossen wurde a).

Es bedarf aber auch wohl des argumentum legis aus der L. 3. §. 6. D. ubi pupillus educari vel morari debeat, das ohnehin gleichsam mit Haaren herbeygezogen wird, keineswegs, um einzusehen, daß die Natur des apanagii selbst es so mit sich bringe, daß es eine veränderliche Grösse seyn müsse. Es ist die Abfindung oder der Unterhalt der Nachgebohrnen aus den Gütern, die der Erstgeburtsfolge unterworfen sind. Schon die erste Anordnung beruht auf einem Verhältnis der Güter und der persönlichen Bedürfnisse, sie geschehen bey der Errichtung selbst statutarisch, oder durch Normirung von Seiten des Richters nach dem Verhältnis der legitima. Wird nun also das Land oder das Gut, auf welchem die Primogenitur haftet, grös-

a) Pütter a. a. O. de augendo apanagio, weiß hievon nur ein Beyspiel anzuführen.

grösser, so wird gleichsam auch die Summe des Pflichttheils für die Nachgebohrnen vergrössert. Und bekannt ist es, daß überhaupt die Grösse der Alimente nach den Umständen des Gebers so wie nach den Bedürfnissen des Standes u. s. w. des Empfängers sich richtet. Nur darf jene Regel nicht auf alles Vermögen, das der Erstgebohrne nicht als Zuwachs des Landes oder Gutes, in welchem er gleichsam die Familie repräsentirt, sondern anderswoher und in Rücksicht auf seine individuelle Person erhält, ausgedehnt, und davon der Maasstab genommen werden.

Fingas e. g. primogenito cuidam legari ab altero insignes terras, et augeri hoc modo haud parum ejus reditus. Sane ideo nihil emolumenti capient postgeniti, quia non universæ familiæ, sine illam repræsentanti primogenito, sed soli hujus personæ facta es accessio illa. Idem evenit, si forsan locupletissimam uxorem ducens primogenitus nuptiis hisce reditus suos auget, nam et nuptiæ hæ solam primogeniti personam respiciunt a)

Wenn der Ausdruck Gesammteigenthum nicht schon so harte Verdammungsurtheile erlitten hätte, die jedoch ohne allen Zweifel daher rührten, daß der Tadler Gesammteigenthum und Miteigenthum confundirt hätte b), so würden wir den Saz also ausdrücken:

a) Pütter l. c. §. 33.

b) S. oben §. 667. b. S. 15.

cken: wenn das in dem Gesammteigenthum der Familie begriffene und der Successionsordnung nach Erstgeburtsrecht unterworfene Land oder Gut einen beträchtlichen Zuwachs erhalten habe, alsdann erfordere es die Natur des Verhältnisses, daß die Abfindung der Nachgebohrnen nach der bisherigen Proportion erhöhet werde. Indessen sey es denn doch gewagt! wir bedienen uns dieses Ausdrucks in der oben angegebenen bestimmten Bedeutung! Umgekehrt aber wird auch die Apanage geringer ausfallen müssen, wenn das Familiengut oder Land eine bedeutende Verminderung erlitten hat, und zwar nicht blos aus einer inversio argumenti, sondern auch aus dem Grunde, weil sonst am Ende der Zweck der Primogenitur selbst vernichtet werden könnte, indem bey verminderten Mitteln die Abfindungen der Nachgebohrnen in gleicher unveränderter Grösse geleistet werden müsten.

§. 671. g.

Rechte der Apanage im Concurs.

Sehr richtig aber ist die fernere Bemerkung des A. (im §. 671.) wenn er behauptet, daß die Apanage als ein Surrogat der wirklichen Erbsportion der Nachgebohrnen anzusehen sey, welches ihm bey einem durch üble Haushaltung des Erstgebohrnen entstandenen Concurse eben so wenig entzogen werden dürfe, als ein Bruder des andern Schulden mit seinem Erbtheile zu büssen verbunden ist. „Da sie also wegen

„ihrer

„ihrer rechtlichen Natur mit andern nach den „Concursordnungen zu classificirenden Schuldforderungen noch weniger etwas gemein hat „als die Besoldung der Landesbedienten; so „wird sie auch, wie leztere, dem gemeinen „Reichsherkommen gemäs während eines Concurses nach Absonderungsrecht als currente „Schuld aus der Masse bezahlt."

Mit diesem leztern Saze sind wir im Resultate, aber nicht so ganz mit der Form der Begründung desselben einverstanden. Ein gemeines Reichsherkommen, das auf einer stillschweigenden Uebereinkunft derjenigen beruht, penes quos summa reipublicæ est, sive quorum specialiter interest, wie Spangenberg a) richtig bemerkt, kann hier nicht anschlagen. Denn was in einzelnen Fällen, da oder dort, beobachtet worden, begründet keine stillschweigende Uebereinkunft, die zu einer Observanz oder einem Herkommen des Reichs nothwendig ist. Wohl aber mag dieser Gebrauch, der in einzelnen Fällen Statt gehabt hat, so wie es bey jeder Regel, die der Praxis ihren Ursprung zu verdanken hat, der Fall seyn sollte, der Ausdruck einer in dem Zusammenhang der bestehenden Rechtsverhältnisse enthaltenen inneren Nothwendigkeit seyn, oder er war es vielmehr wirklich.

Sehr schön dient zur Beleuchtung dasjenige, was Pütter b) ausgeführt hat:

„Die

a) de observantia imperii §. 14.

b) in seinen Erörterungen aus dem Teutschen Staats- und Fürstenrecht II. Heft, S. 180 ff. Vergl. die übrige

„Die Grafen von Stollberg sind als
„Mitglieder des Obersächsischen Creises
„und als Theilhaber an der Wetterauisch
„Gräflichen Stimme auf dem Reichstage
„unstreitige Reichsstände. Sie sind aber
„insofern, als sie auch Sächsische Vasal-
„len sind, nach dem von den Sächsischen
„Häusern behaupteten Grundsaze: daß
„Sächsische Vasallen auch als Landsassen
„die Sächsische Hoheit anzuerkennen schul-
„dig seyen, von Chursachsen zugleich als
„Landsassen in Anspruch genommen wor-
„den, und vermöge gewisser in den Jah-
„ren 1568 und 1671 geschlossener Recesse
„haben sie sich gefallen lassen müssen, daß
„ihre Rechtssachen auch an Chursächsische
„Gerichte gelangen können. — So ist ein
„Gräflich-Stollberg-Stollbergisches De-
„bitwesen durch Klagen der Gläubiger an
„Chursächsische Gerichte gediehen. Hier
„entstand die Frage vom Vorzugsrechte
„der Apanagen nachgebohrner Herrn des
„Hauses. In den Chursächsischen Landes-
„gesezen fand sich davon nichts. Bey
„Errichtung dieser Sächsischen Territo-
„rialgeseze hatte man natürlicher Weise
„blosse Concurse solcher Unterthanen vor
„Augen gehabt, bey denen an kein Recht
„der Erstgeburt und also auch an keine
„Apanage zu denken war. Der ganz be-
„sondere Fall, daß über einen Herrn von
„einem reichsständischen gräflichen Hause
„ein

übrige über den nemlichen Gegenstand in der Note d des §. 671 von dem A. angeführte Litteratur.

„ein Concurs bey Sächsischen Gerichten „vorkommen könnte, war gewis kein Ge„genstand dieser Gesezgebung gewesen. „Nun ist gleichwohl eine ausgemachte „Sache, daß mit Concursen reichsstän„discher Häuser vermöge einer offenbar all„gemeinen (?) und in der teutschen Reichs„verfassung tiefverwebten Observanz a) „es eine ganz andere Bewandtnis hat, „als mit Concursen blosser Privatperso„nen, die nur als Unterthanen eines Lan„des angesehen werden können. Unter „andern wird z. B. der wesentliche Un„terschied beobachtet, daß sowohl Ritter„güter als andere Güter blosser Privat„personen in Concursen subhastirt und „zum Besten der Concursmasse versilbert „werden. Mit Fürstenthümern und Graf„schaften verschuldeter reichsständischer „Häuser geschieht das nie; sondern nur „die Einkünfte des Landes werden als die „Concursmasse angesehen, und den Gläu„bigern zur Befriedigung angewiesen. „Diese erfolgt dann auch nicht wie bey „andern Concursen, soweit die Masse „reicht, durch deren Distribution auf „einmal, sondern nach und nach, oft erst „nach einer langen Reyhe von Jahren, „aber auch so, daß ein jeder Gläubiger „so, wie ihn die Reyhe trifft, seine Be„friedigung erhält. Nur diejenigen Ausgaben,

a) Wir würden innere Nothwendigkeit des Zusammenhangs der Rechtsverhältnisse an die Stelle dieser Observanz: sezen!

„gaben, welche zur Erhaltung des Hau-
„ses und Landes erfordert werden, als
„Reichs- und Creissteuern, Dienerbe-
„soldungen, Competenzgelder, Witthum
„und Apanagen gehen allen andern Gläu-
„bigern vor, oder behalten vielmehr als
„sogenannte Currentausgaben nach wie
„vor ihren Fortgang.

„Nun entsteht die Frage: soll in je-
„nem Stollberg-Stollbergischen Con-
„curse nur dem Buchstaben der Chur-
„sächsischen Landesgeseze nachgegangen
„werden, bey deren Abfassung man an den
„Fall, wie er hier vorkömmt, nicht ge-
„dacht hatte? Oder sollten nicht viel-
„mehr die Grundsäze des teutschen Für-
„stenrechts ihre Anwendung behalten,
„wie sie bey der Gesezgebung, wenn sie
„diesen in seiner Art einzigen Fall vor
„Augen gehabt hätte, gewis nicht wür-
„den bey Seite gesezt worden seyn? —
„Die That selbst gab schon die Entschei-
„dung, indem man nicht die Substanz
„der Grafschaft, sondern nur die Einkünf-
„te derselben zur Befriedigung der Gläu-
„biger bestimmte. Nach welchen
„Rechten konnte das anders ge-
„schehen als nach ganz richtigen
„Grundsäzen des teutschen Für-
„stenrechts, ungeachtet die Sächsischen
„Landesgeseze davon nichts enthielten?
„Nach gleichen Grundsäzen konnte also
„auch das Stillschweigen Sächsischer
„Landesgeseze nicht hindern, daß Apana-
gen,

„gen, wie es in allen reichsständischen „Häusern üblich ist, auch bey entstande„nem Concurse mit deren Currentzahlung „ihren Fortgang behalten. Oder würde „man es billig und recht finden, nach„gebohrne Herrn eines reichs„ständischen Hauses mit diesem „Surrogate des gleichen Erb„rechts mit der Erstgeburt in die „Reyhe chirographarischer Gläu„biger zu sezen, mit denen erst „lange nach ihrem Tode die Rey„he der Auszahlung an diese zu „ihrem Unterhalte bestimmte „Gelder kommen würde?

§. 671. g.

Fortsezung.

Wir haben bisher die Lehre von den besonderen Successionsarten und insbesondere die Lehre von der Primogenitur aus den Principien, die wir der richtigen Theorie angemessen glaubten, entwickelt, und litterarische Belege angeführt, die das pro und contra erforderten. Wer die ältere, zum Theil auch weniger bedeutende Litteratur dieser Materien kennen lernen will, den verweisen wir auf Pütters primæ lineæ iuris privati principum lib. I. c. 5. §. 43. Und in Absicht auf neuere Litteratur sowohl als auf Supplemente der ältern auf des gelehrten Herrn Geheimenraths D. Joh. Ludw. Klüber neue Litteratur des Staatsrechts als Fortsezung und Ergänzung der Pütterischen. Erlangen, 1791. S. 621. 625 ff.

Ueber die Primogenitur, so wie sie in dem nunmehr Königlichen Hause Württemberg eingeführt ist, mit den übrigen nach und nach festgesezten rechtlichen Verhältnissen verweisen wir auf des verdienten seel. Geheimenraths Joh. Gottl. Breyer institutiones juris publici Wirtembergici Tubingæ, 1787 lib. II. c. b. III. c. 3. Ueber das Historische derselben S. Geschichte des Erstgeburtsrechts im Hause Würtemberg vom Vertrag zu Minsingen an. C. (Joh. Friedr. Cotta) 1786. und in Seyferts Magazin für das teutsche Staats- und Lehenrecht 2 Th. Wezlar, 1786.

§. 671. h.

Aufhebung der Primogenitur.

Eine Frage hat Herr Runde gar nicht berührt, ob und wie die Primogenitur wieder aufgehoben werden könne? Wir wollen sie wenigstens nicht unberührt lassen, wenn sie auch gleich selten in praxi zur Sprache kommen dürfte.

Daß durch einen Act der Gesezgebung die Primogenitur, in soferne sie allgemeines ausdrückliches Recht oder eine obligatorische Rechtssitte bey gewissen Classen von Personen und Gütern ist, aufgehoben werden könne, bedarf keines Beweises. Und so nothwendig dieselbe zu der Zeit, da sie zur Sitte wurde, durch den ganzen Zusammenhang des gesellschaftlichen Zustandes seyn mochte, eben so nothwendig kann durch den Drang der Umstände, durch die veränderte Beschaffenheit des Nationalreichthums und durch die ganze fortschreitende Entwicklung

des gesellschaftlichen Zustandes die Aufhebung solcher Rechtsinstitute werden. Es ist eine Idee, in der sich gewöhnlich der Wille des Gesezgebers gefällt, noch bey künftigen Geschlechtern in seinen Gesezen gleichsam fortzuleben, und gewöhnlich wird dabey nicht bedacht, daß nichts bleibendes unter der Sonne ist, daß auch die weisesten Geseze obsolet werden, wenn der Gesezgeber nicht sich selbst gleichsam fortsezt, und den Grad der Entwicklung seines Zeitalters in seinen Gesezen reflectirt darstellt; denn sie hören auf zeitgemäs zu seyn.

Auch durch ein entgegengeseztes allgemeines Gewohnheitsrecht läßt es sich denken, daß eine solche allgemeine Rechtssitte, die man bisher für obligatorisch gehalten hatte, aufgehoben wird a). Nur müsten alle die Erbfordernisse eintreten, die zu einer consuetudo contra legem nothwendig sind.

Selbst auch durch eine Uebereinkunft derjenigen, deren Interesse darunter versirt, läßt sich die Aufhebung einer solchen Successionsnorm als rechtlich möglich denken.

Der Hauptzweifel dagegen ist freylich dieser, daß bey einer successio ex pacto et providentia majorum auch das kommende Geschlecht noch berechtiget sey, und folglich omnes ii, quorum interest, nie zusammen kommen und consentiren können b).

a) Hofacker principia iur. civ. rom. germ. T. I. §. 126.

b) Vergl. z. B. Jo. Burc. Geiger de licita fideicommissorum inprimis familiarum nobilium alienatione Erlang. 1783.

Indessen ist doch auch hiebey zu bedenken, daß es eine sehr weitaussehende Sache ist, anzunehmen, daß zumalen ein Privatus ein Gesez der Succession für alle Zeiten habe geben wollen, da er doch die Umstände seiner Nachkommenschaft, die allgemeinen Zeitumstände, und die besonderen Umstände, in die ein Familiengut durch Unglücksfälle, durch darauf haftende Schulden gerathen konnte, unmöglich voraussehen noch in seiner Gewalt haben konnte. Und wenn man nun alsdann in den präsumirten Willen des Erblassers, seiner Nachkommenschaft wohl und nicht wehe zu thun, zurückgeht, so dürfte hier der Fall, wie bey Familienfideicommissen eintretten, die nach der Meinung vieler Rechtslehrer denn doch aufgehoben oder veräussert werden können, wann gleich der Stifter die Alienation untersagt haben sollte a). Und nicht ohne Grund dürfte auch das noch angeführt werden, daß wenn alle diejenige consentiren, die ein wirkliches Interesse bereits durch ihre Geburt erlangt haben, dieser Consens die Einwilligung ihrer künftigen Descendenten erseze, zumalen wenn eine solche Veränderung zum Wohl der Familie oder durch drin-

a) Ant. Matthæi de successione Disp. 12. n. ult.

Knipschild de fideicommissis familiarum nobilium c. II. n. 399 sq.

Peregrinus de fideicommissis art. 40. n. 123. art. 52. n. 81.

Voet in com. ad ff. tit. ad SCtum Trebell. §. 65.

Mich. Godofr. Wernher in comment. Pand. Tom. II. tit. ad SCtum Treb. §. 32.

dringende Umstände veranlaßt, zu Stande gekommen ist.

Sezen wir nun aber die Möglichkeit der Aufhebung einer solchen Primogenitur durch Uebereinkunft der interessirten Theile voraus, wovon uns das schreckliche Beyspiel des Esau, der seine Erstgeburt an seinen Bruder um ein Linsengericht verhandelte, nicht einmal abschreckt, so kann diese Uebereinkunft Theils ausdrücklich, Theils stillschweigend durch eine Familienobservanz zu Stande kommen, vorausgesezt, daß durch concludente Thathandlungen der Wille, die bestehende Successionsnorm aufzuheben erklärt werde. Nur versteht es sich hiebey, daß nach unserer Ansicht, wenn von einem feudum die Rede ist, der Consens des domini directi hinzukomme, und daß die eingeführte Successionsnorm nicht, wie z. B. in den Chur- und selbst auch Fürstlichen Häusern es der Fall ist, recht eigentlich iuris publici sey. Daß durch testamentarische Disposition eine solche Abänderung einseitig nicht getroffen werden könne, ergiebt sich aus demjenigen, was wir oben nach unserer Ansicht als theoretische Wahrheit aufgestellt haben. Damit aber wollen wir nicht läugnen, daß sobald man dem Vater die Befugniß zugesteht, seinen Sohn als Allodialerben die Nothwendigkeit aufzuerlegen seine Disposition in Absicht auf das feudum (oder das Stammgut analogisch?) anzuerkennen, oder auch dem Erblasser das Recht einräumt, den Successor im Lehen zum Allodialerben unter gleicher Bedingung einzusezen — daß alsdann auf diesem Wege eine Abänderung der Primogenitur möglich

seyn würde, insoferne ein solcher Erbe und seine Descendenz, der einzige wäre, dessen Interesse darunter versirte a).

§. 672.

Erbverträge unter Personen des dritten Standes.

Nach dem Plan, den Herr Runde in den zum Grunde gelegten Grundsäzen des teutschen Privatrechts in Hinsicht auf die Lehre von der vertragsmäsigen Erbfolge entworfen hat, schickte er zuförderst im ersten Abschnitt (III. B. II. Hauptst.) allgemeine Grundsäze über die rechtliche Natur der teutschen Erbverträge voraus. (§. 654-661.) Sodann handelte er im zweyten Abschnitt von den wichtigsten Arten der Erbverträge, welche unter dem hohen und alten niederen Geschlechtsadel üblich sind, (§. 662-671.) und zwar von Erbverbrüderungen, von Verzichtsleistungen der Töchter und von Verträgen, welche, wie er sagt, Untheilbarkeit zur Absicht haben, unter welcher Classe sodann die Primogenitur, der Majorat, Seniorat und Minorat vorkommen, obgleich der Minorat Fälle enthält, wo er auf Theilung des Familieneigenthums sich gründet, obgleich das sogenannte Paragium für Nachgebohrne eine Theilung voraussezt, (§. 671 c. d.) und obgleich endlich die leztgenannten

a) Vergl. übrigens Ludolf de introductione juris primogeniturae Part. Spec. aph. XVI.

Knipschild de fideicommissis familiarum nobilium. c. 16.

ten vier Successionsformen durchaus nicht ausschlieslich dem Adel angehören.

Nun handelt der dritte Abschnitt von Erbverträgen unter Personen des dritten Standes.

Dahin werden gezählt 1) die Ehestiftungen, sofern solche sich über die künftige Erbfolge ausdehnen, (von welchen jedoch bereits §. 570. gehandelt worden ist:) und 2) die Einkindschaft.

§. 673.

Einkindschaft.

(nicht ganz ausschlieslich für den Bürgerstand.)

Von dieser ist nun also hier die Rede, und zwar als von einem Erbvertrag, der unter Personen des dritten Standes Statt habe.

Wir müssen auch hier wieder erinnern, daß dieses subjective Merkmal der Classification höchstens wiederum auf das berühmte: a potiori fit denominatio sich gründet.

Denn es widerspricht sich erstlich nicht in dem Begriff, daß auch unter dem Adel Einkindschaften errichtet werden.

Joh. Adam von Ickstadt a) urtheilt hierüber vollkommen richtig, wenn er sagt:

> inter Nobiles haud adeo frequens occurrit unio prolium, cum plerumque pactis familiæ et hereditatum serconvativis et renunciativis sibi et liberis suis prospicere soleant. Adde, quod ple-

a) de unione prolium ducatus Franconiæ statutaria §. 41. in s. Opusculis juridicis n. 3.

plerumque bona feudalia teneant, quorum successio jure feudali, aut pacto et providentia ordinata est. Interim arguere non licet, unionem prolium inter nobiles prorsus cessare, aut sublatam esse. Quid enim obstat, quo minus in bonis allodialibus, aut feudis mere hereditariis, si ita visum fuerit, nec pacta familiæ repugnent, liberos suos uniant?

und andere Schriftsteller stimmen vollkommen damit überein a).

Sodann finden sich selbst statutarische Beispiele, worinn die Einkindschaft auch unter dem Adel zugelassen werden.

Die Reformation der Reichsstadt Frankfurt b) stellt zwar den Saz auf:

„Denn einmahl die Einkindschaften nicht „den reichen und wohlhabenden Eheleuten „und deren Kindern, sondern fürnemlich „den Gemeinsleuten und Handwerkern, „deren Vermögen gering zu gutem angesehen worden und aufkommen, damit „sie desto friedlicher und einiger beysammenleben, und ihre gemeine Kindern „desto williger und leichter miteinander „aufferziehen mögen;“

allein sie schließt die Einkindschaften dessen unerach-

a) vergl. Joh. Andr. Hofmanns Handbuch des teutschen Eherechts. Jena, 1789. §. 330. n. 90.

b) p. III. tit. 10. §. 8.

erachtet bey den Geschlechtern a) nicht unbedingt aus, und läßt sie aus sondern ehehaften Ursachen nur mit des Raths Vorwissen und sonderm Befehl zu.

Die Reformation der Stadt Worms b) gestattete die Einkindschaft „unter Edlen Bürgern „der Geschlecht oder Wappensgenossen" aber mit dem Zusaze, daß den

„vordern oder ersten Kindern all' ihr väterliche Gut und Erbtheil vorausgedingt „und vorbehalten werden solle c)."

§. 673.

Theoretische Schwierigkeiten in dieser Lehre.

Diese Bemerkungen betreffen jedoch blos die Stelle, welche Herr Runde nach seiner individuellen Ansicht der Lehre von der Einkindschaft in seinem System eingeräumt hat. Und immerhin mag wenigstens das zugegeben werden können, daß die Einkindschaft mehr als ein Institut des in den Städten aufgekommenen Bürgerstandes zu betrachten und auch noch heutiges Tags eine Rechtssitte sey, welche zwar bey dem Adel nicht absolut unstatthaft, dennoch aber eigent-

a) Hierunter sind die von mehreren Jahrhunderten her zu Frankfurt bestehenden Gesellschaften adelicher Familien zum Haus Limpurg und Haus Frauenstein zu verstehen. S. Orth in den Anmerkungen zu dem angef. §.

b) L. 5. P. 5. tit. 5.

c) Justus Claproth in seiner theoretisch-practischen Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen. Göttingen, 1789. §. 224. n. a. führt diese Stelle an.

gentlich nur bey dem sogenannten dritten Stande gewöhnlich ist.

Weit größere Schwierigkeiten finden sich in der Hauptsache selbst. Es findet nemlich noch bis auf diese Stunde eine solche Verschiedenheit der Meinungen unter den Rechtsgelehrten in Absicht auf die Bestimmung der eigentlichen Grundmerkmale dieses Rechtsinstituts Statt, daß beynahe kein Saz vorhanden ist, den nicht der eine behauptet, und der andere bestreitet. Aber selbst auch das möchte noch so hingehen. Man könnte doch wenigstens damit noch aus der Sache kommen, daß man etwa sagte, der Fehler liege nur an diesem oder jenem Schriftsteller, der seinen Begriff von dem Institut willkührlich oder unrichtig abstrahirt habe. Die historische Induction müsse doch auf alle Fälle entscheiden, welcher Begriff der richtige, und welche Grundsäze die wahren seyen. Wenn nun aber selbst in den Statuten, die doch (neben einzelnen Urkunden über einzelne Einkindschaftshandlungen, die sich hie und da vorfinden, und neben alten Formularien bey dieser Art Rechtsgeschäfte die hauptsächlichste Quelle für die historische Induction sind,) die auffallendsten Abweichungen selbst in den Grundbestimmungen dieses Verhältnisses sich vorfinden; was bleibt da der Critik für ein Ausweeg übrig, um die ächten Grundsäze zu finden, aus welchen die Theorie dieses Rechtsinstituts sich bildet, und welche nicht blos selbstgemachte, nach Belieben erfundene, Normen für die wirkliche Anwendung seyen?

Ehe wir den Versuch wagen, mit unserer eigenen

genen Ansicht hervorzutreten, sey es uns erlaubt,

I) zuförderst den Beweis der historischen Thatsache jener Widersprüche der Rechtsgelehrten zu führen, sodann

II) durch Beyspiele auch die innere Verschiedenheiten der Statuten vorzulegen, und zugleich die innere Entstehung und Entwicklung des Instituts der Einkindschaft durch seine verschiedenen Formen etwas näher zu beleuchten. Sodann wollen wir

III) es versuchen, die Theorie derselben nach unserer Ansicht in ihren allgemeinen Grundzügen vorzulegen.

§. 674. a.

I. Widersprechende Ansichten verschiedener Rechtsgelehrten.

Jac. Rickius ab Arweiler a) nennt die unio prolium ein pactum magistratus auctoritate subnixum, quo diversi matrimonii liberi in hereditatem proximorum deficientium parentum et hi in illorum pariter successuri, ab his, quorum interest, declarantur.

Dem Barthol. Musculus b) ist die Einkindschaft ein pactum solenne, quo parentes ad secundas nuptias transeuntes coram magistratu ordinario causa cognita et interveniente consensu propinquorum eorumque quorum interest, scriptura et testibus, confecto prius inventario, de hereditate

a) de unione prolium. Colon. 1580. c. 1. n. 8.

b) de successione conventionali et anomala, cl. 1. membr. 3.

tate sua vel parte bonorum inter diversi matrimonii liberos ex æquo communicanda prospiciunt.

Ge. Ad. Struv a) nennt die unio prolium einen actus legitimus et solennis, quo liberi diversi matrimonii a parentibus ad secunda vota transeuntibus ratione juris filiationis et successionis exæquantur.

Nach Ern. Friedr. Schröter b) ist dieselbe eine conventio de liberis diversi matrimonii uniendis, auctoritate magistratus subnixa, qua alter coniugum alterius sobolem quasi pro sua agnoscit et vult, ut ad invicem naturalium et legitimorum filiorum simul admittantur ad hereditatem.

Lauterbach c) nennt sie geradezu einen actus legitimus, quo liberi diversi matrimonii a parentibus ratione juris filiationis exæquantur, ac si ex eodem matrimonio nati essent.

Stryck d) nennt sie eine conventio parentum de liberis diversorum matrimoniorum ratione successionis adæquandis, ut tam quoad patrem quam quoad matrem pariter censeantur, ac si ex eodem matrimonio prognati essent.

Ge. Beyer e) aber stellt die Behauptung auf,

a) in Diss. de unione prolium. c. I.

b) in Diss. de pacto successorio inter unitos diversi matrimonii liberos. cll. I. n. 15.

c) in coll. theor. pract. pand. lib. I. tit. 7. §. 12.

d) in dem usus modernus tit. de adopt. §. 10.

e) in spec. iur. germ. L. 3. c. 15. §. 1.

auf, daß die Einkindschaft ein pactum inter coniuges de liberis prioris matrimonii secum invicem et cum liberis ex præsente matrimonio ratione successionis æquiparandis.

Friedr. Esai. v. Puffendorf, der die Sammlung dieser Definitionen veranstaltet hat a), definirt sie also: unio prolium existit, cum liberi alieni a patre vel matre non naturali pro naturalibus liberis recipiuntur hunc in modum, ut utriusque parentis liberi ex uno eodemque matrimonio progeniti censeantur. Mit keinem Worte erwähnt dieser Schriftsteller blos Kinder verschiedener Ehen. Er sagt absichtlich blos liberi alieni, (also Stiefkinder) wovon auch uneheliche Kinder positis terminis habilibus b) nicht ausgeschlos-

a) in s. observationibus juris universi. Tom. I. Obs. 200. §. 1.

b) Ickstadt de unione prolium §. 47. sezt diese terminos habiles also: cum liberi naturales matri perinde ut legitimi succedant: a matre etiam uniri posse naturales liberos verius est; præcipue quia unio successionis maxime æqualis commodum spectat. De patre non idem videtur, nisi legitimati fuerint; neque enim pater censetur, nisi quem justæ nuptiæ demonstrant. Jo. Hartw. Reuter in der Diss. de jure testandi unientibus post initam unionem prolium competente, caussisque, quare non ubique unio prolium frequens, sublatis Hal. 1750. geht hier noch tiefer in die näheren Bestimmungen ein, wenn er §. 14. sagt: cum liberis propriis legitime natis qua talibus a patre tam quam a matre, quilibet liberi non pro-

geschlossen sind. Und doch versichert der gelehrte Herr D. Griesinger, nachdem er die Einkindschaft als einen Vertrag, wodurch Stiefkinder gegen die vereinigenden Stiefeltern in Hinsicht auf die künftige Erbfolge in das Verhältniß rechter Kinder gesezt werden, definirt, und kaum zuvor den scharfsinnigen Puffendorf citirt hat, mit vollem Ernste:

„Alle Rechtsgelehrten fassen übrigens „ihre Definitionen von der Einkindschaft „so, daß sie darinn nur von Kindern „verschiedener Ehen also nur von ehlichen Kindern reden, und meine Definition unterscheidet sich also „hierinn von allen Definitionen,

proprii hereditatis modo adquirendæ capaces uniri possunt. Idem quoque dicendum de liberis propriis naturalibus qua talibus ratione matris indistincte, ratione patris vero nec uxorem legitimam, nec liberos legitimos relinquentis; item de liberis illegitimis qua talibus ex damnato coitu non natis respectu matris non illustris liberos legitimos habentis. §. 3. J. L. 5. l. ad SC. Orf. N. 89. c. 12. N. 118. c. 1. dieser übrigens gelehrte und scharfsinnige Schriftsteller verdient insofern wirklich Tadel, denn da er im §. 14. auch natürliche Stiefkinder des andern Theils in die Einkindschaft aufnehmen läßt, so ist seine Definition, die er als ein pactum successorium adquisitivum eum in finem initum schildert, ut liberi diversorum matrimoniorum pari respectu parentum matrimonium ineuntium jure instruantur, (§. 4.) offenbar angustior suo definito.

„nen, die man bisher über die „Einkindschaft hatte a).

Noch verdienen Tafinger b) und Hofacker c) bey dieser Lehre genannt zu werden. Jener wurde durch diesen seinen Lehrer auf die historische Erforschung des Instituts geleitet. Dieser nahm das Resultat, das er sich selbst im Grunde schon aus statutarischen Vergleichungen gebildet hatte, in seine Theorie auf. Bey Gelegenheit der Adoption handelt er die Einkindschaft ab, und sagt von ihr:

analoga quodammodo adoptioni est unio prolium, qua liberi diversi matrimonii a parentibus binubis ita exæquantur, ut horum respectu pro genitis ex eodem matrimonio habeantur.

Unsanft genug verfuhr Justus Claproth d) mit jenem. Er, dem alles, was mit historischer Induction in der Rechtswissenschaft verwandt ist, seinem innersten Wesen nach ein Gräuel seyn muste, tadelt die Ansicht, daß so viele alte Rechtslehrer die Einkindschaft als eine Art von Adoption darstellen, als einen verwerflichen Irrthum, weil sie doch offenbar einander nicht einmal ähnlich seyen.

„Es

a) in dem Commentar über das Württembergische Landrecht V. B. S. 265.

b) über die Leher von der Einkindschaft. Nürnberg, 1785.

c) in den principiis iuris civilis romano-germanici. §. 607.

d) in der angef. Rechtswissenschaft von freywilligen Rechtshandlungen §. 221.

„Es ist widersinnig, (so spricht er sich
„voll Eifers darüber aus!) die Einkind-
„schaft mit der römischen Annehmung an
„Kindes Statt und die Absonderung mit
„der loslassung aus der väterlichen Ge-
„walt in Vergleichung zu stellen, welche
„einander so ähnlich sind, als das Vier-
„eck dem Zirkel. Eine Frauensperson
„nicht ohne landesherrliche Bewilligung,
„Niemand der selbst Kinder oder noch zu
„zeugen Hofnung hat, Niemand der nicht
„achtzehn Jahre älter ist als der zu adop-
„tirende, kann adoptiren; und mus bey
„der Adoption der zu adoptirende zuge-
„gen seyn. Dis Alles verhält sich anders
„bey der Einkindschaft. Dann ist die
„adoptio ein actus legitimus, oder wie
„Heineccius will eine actio legis, und
„eine Hülfe blos vor diejenigen, die kei-
„ne Kinder haben, und doch gerne ihre
„Hausgötter, Namen und andere Fami-
„lienvorzüge fortpflanzen wollten. Die-
„sen Irrthum findet man gleichwohl
„in Statuten und bey den ältern
„Rechtsgelehrten, welche alles aus den
„römischen Gesezen herleiten wollten.
„Tafinger hat diesen Wust in der
„Lehre von der Einkindschaft zu-
„sammengetragen. Es bleibet aber
„nichtsdestoweniger ein baarer
„Irrthum, den man nicht mitir-
„ren muß. Ich werde mich blos
„auf teutsche Geseze und richti-
„ge Analogien beziehen.

§. 374. b.

§. 374. b.

Fortsezung.

So sprach der gute Claproth. Er bedachte wohl nicht, daß die ältern romanizirenden Rechtsgelehrten, welche in der Einkindschaft eine Nachahmung der Adoption fanden, so gut als er wissen mochten, was zur römischen Adoption gehörte, und daß sie ein römischer actus legitimus oder was der ältern Benennung nach ganz ebendasselbe bedeutete, eine legis actio war a). Auch möchten wir wohl wissen, was für teutsche Geseze er nachgeschlagen hat, die von der Einkindschaft handeln, welche keine Statuten wären, und die richtige Ansicht von dem Institute hätten, da er selbst zugiebt, daß man gleichwohl in den Statüten jenen Irrthum finde?

Um vieles weiter hat auch er, wie somit der Augenschein ergiebt, die Theorie dieser Rechtslehre nicht gebracht. Er nimmt kurz und gut in dieselbige nur dasjenige auf, was in sein pactum successorium taugt, und widerlegt aus seiner vorgefaßten Ansicht die Ansichten seiner Gegner. Eine neue Ausbeute verdanken wir auch den neuesten Schriftstellern in diesem Fache nicht. Herr Hofrath Krüll b) sezt den Begriff also fest:

„Einkindschaft (unio prolium) ist ein
„Vertrag, wodurch Kinder aus verschiede-
„nen Ehen gegen die in eine Gütergе-

a) S. Wilh. Gottl. Tafinger Encyclopädie und Geschichte der Rechte in Teutschland §. 543.

b) in seinem teutschen Privatrecht. Landshut 1805.

„meinschaft zusammentretenden Eltern,
„der künftigen Erbfolge wegen,
„in das Verhältniß aus einerley Ehe
„erzeugter Kinder gesezt werden."

Im nächstfolgenden §. aber, wo es also nun zur Ableitung der Folgen aus dem construirten Begriffe kommen sollte, fährt er unmittelbar also fort:

„Für die Bestimmung der rechtlichen Fol-
„gen der Einkindschaft entscheidet der
„Grundsaz, daß die unirten Kin-
„der in Ansehung ihrer Eltern
„für rechtmäsige Kinder aus Ei-
„ner Ehe anzusehen sind. Daher
„kommen den Eltern sowohl in per-
„sönlicher als dinglicher Rück-
„sicht auf die Kinder alle diejeni-
„gen Rechte zu, welche nach den ge-
„meinen Rechten aus der elterlichen
„Gewalt folgen, nur mit gewissen
„Einschränkungen, welche in der da-
„zwischen liegenden Gütergemeinschaft
„ihren Grund haben."

Wir überlassen es dem Leser, diese Folgesäze aus der Prämisse jenes Begriffs selbst abzuleiten, und führen noch den allerneuesten Schriftsteller als Probe unserer vorhin gethanen Behaüptung an: Herr Prof. Christian August Gottlieb Göde a) sagt:

„in iis Germaniæ provinciis, ubi communio bonorum inter conjuges et *revolutionis* (mus ohne allen Zweifel *de*vo-

a) in seinem ius germanicum privatum. Göttingen, 1806. §. 429.

volutionis heissen!) ius usitata sunt, frequens esse solet pactum unionis prolium (Einkindschaft) quam vocant. Hoc pacto conjuges iterum nubentes de liberorum priori matrimonio procreatorum (Vorkinder) successoriis juribus cum eorum liberorum, qui ex novo coniugio sperantur, (Nachkinder) succedendi jure exæquandis conveniunt.

Hier wird nun zuerst alles blos auf die Successionsrechte gestellt, und zwar so, als ob zusammengebrachte Kinder, welche doch auch unter die liberos priori matrimonio procreatos gehören, nicht schon unter sich durch eine Einkindschaft verbunden werden könnten, sondern als ob diese Verbindung erst mit den aus der neuen Ehe zu hoffenden und den Kindern erster Ehe zu Stande kommen müste. Schon in dieser Hinsicht ist somit jene angeführte Beschreibung der Einkindschaft zu enge. Aber auch über den grossen Stein des Anstosses kommt der Verfasser nicht ohne Schwierigkeit hinweg, wenn er in dem folgenden §. sagt:

„rite facta hac pactione liberis successionis jus tribuitur nec ultima voluntate nec arbitraria inter vivos alienatione adimendum. Quamquam vero unio prolium non eam habet vim tribuendæ patriæ potestatis, quæ perfectæ adoptioni propria est: conjuges tamen parentum jura in liberos

ros privignos eo modo exercent, qui fortunarum communitati consentaneus est.

Was diese leztern Worte eigentlich bezeichnen sollen? das wünschten wir von dem Verfasser zu wissen. Das Recht, das er den Eltern einräumt, revocandi liberalitatem, quam promiserunt, quod liberos ingratos esse cognoverunt, folgt nicht aus der fortunarum communitate.

§. 674. c.

II. Historische Bemerkungen und Belege zur Geschichte des Instituts.

Die Entstehung der Einkindschaft fällt in die Zeiten der bereits entwickelten allgemeinen Gütergemeinschaft unter Eheleuten. Nur ist hiebey zu bemerken, daß obgleich der Sachsen- und Schwabenspiegel a) schon das Sprüchwort kennen: Mann und Weib haben kein gezweytes Gut, nichts destoweniger in diesen Rechtssammlungen auch nicht eine Spuhr von Einkindschaft sich vorfindet. Es findet sich somit auch kein historischer Grund in diesen Rechtsbüchern für die Behauptung, daß die Einkindschaft erfunden worden sey, um das Beschwerliche der Auseinandersezung der Güter nach dem Tode des einen Ehegatten abzuschneiden.

Im Gegentheil aber ergiebt sich nach demjenigen, was Tafinger b) durch Zusammenstellung

a) Sächs. Land-R. I. B. Art. 31. Schwäb. Land-R. Cap.

b) a. a. O. §. 5. — 13.

lung erwiesen hat, daß das Verfangenschaftsrecht, und die grosse Inconvenienzen, welche dasselbe mit sich führte, den nächsten Anlaß zur Erfindung der Einkindschaft als eines Abhülfemittels dagegen gegeben hat. Sonderbar genug ist übrigens die Erscheinung gewis, daß aus dem nemlichen Institut der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Ehleuten sich die entgegengeseztesten Rechtssitten in einem und eben demselben Verhältnis der Personen entwickelten. Herr Runde bemerkt a), daß nach dem Tode eines Ehegatten der überlebende mit den Kindern in einer für ihn vortheilhaften communio prorogata sich befunden habe. Danz giebt dieses insoweit zu, als es unläugbar sey, daß diese durch römische Begriffe von Einstandsrecht der Kinder erzeugte Rechtssitte in einer beträchtlichen Anzahl von Statuten sich vorfinde, bemerkt aber hiebey zugleich ganz richtig, daß die ächtteutsche Rechtssitte in diesem Falle eigentlich darinn bestanden habe, daß das ganze bisher in der Communion befindliche Vermögen sich in der Person des überlebenden Ehegatten consolidirt hätte:

„Ueberaus häufig wird daher der leztlebende Gatte in den Statuten ein „Herr aller Güter genannt; als solcher aber bleibt er in dem ganzen Vermögen sizen, und zwar entweder ohne „Unterschied, er mag zur zweyten Ehe „schreiten oder den Wittwenstuhl unverrückt erhalten; oder doch wenigstens so

 lange,

a) §. 610.

„lange, als er zur weiteren Verehlichung „nicht schreitet. In dem leztern Falle „indessen, wenn nemlich die Statuten, „wie dis freylich allerdings als die Re„gel betrachtet werden kann, bey der „zweyten Verheyrathung des überleben„den Ehegatten ein Theilrecht eintreten „lassen, ist dieses leztere doch wieder gar „abweichend modificirt. Bald nemlich „ist der letztlebende den Kindern blos ei„ne billige Abfindung schuldig, bald mus „er sich in eine förmliche Theilung mit „ihnen einlassen a).“

Es mag nun entweder eine eigentliche communio prorogata, oder eine Consolidation des Eigenthums in der Person des überlebenden Ehegatten mit blosser Abfindung der Kinder im Fall der Wiederverheyrathung oder mit förmlicher Theilung Statt gefunden haben, so herrscht doch sichtbar in allen diesen unter eine Classe gehörigen Fällen der Vortheil des überlebenden Ehegatten den Kindern gegenüber. Umgekehrt aber sehen wir in dem Verfangenschaftsrecht die Kinder vor dem überlebenden Ehegatten sichtbar begünstiget. Dieses Rechtsinstitut, (wovon oben §. 613 das mehrere beygebracht worden:) bestand darinn, daß die Kinder mit dem Tode eines ihrer Eltern die sämmtliche Liegenschaft und was zu unbeweglichen Vermögen gerechnet wird, ihrer beyden Eltern oder einen bestimmten grösseren Theil desselben zum ausschließlichen Eigenthum, der überlebende Ehegatte hingegen nur die Fahrnuß und daneben den Niesbrauch oder Bey-

a) Handbuch 6. B. 2te Ausg. S. 433.

Beysiz an den ihren Kindern verfangenen Gütern erhielten a). Das Alter dieses Rechtsinstituts geht sichtbar bis in das zwölfte Jahrhundert zurück. Die älteste bisher vorgefundene statutarische Spur desselben befindet sich in dem Recht der Stadt Freyburg im Preisgau, das dieselbe im J. 1120 von Herzog Berthold von Zähringen erhielt b). Sichtbar ist nach demjenigen, was Fischer c) ohne alle chronologische oder synchronistische Ordnung gesammelt hat, und nach dem, was wir bei Estor und bey Scherer d) zusammengestellt finden, diese Rechtssitte ursprünglich ein Institut des städtischen Rechts, das sich jedoch auch unter die Landesbewohner verbreitet hat e). Das Verfangenschaftsrecht

K 5 mag

a) S. Joh. Ge. Estor de iure devolutionis Jena, 1738. c. 2. daß sogar über Lehen das Verfangenschaftsrecht sich erstreckt habe, dis hat der von Brabant zunächst handelnde Peter Stockmanns in s. tract. de jure devolutionis cap. 3. n. 1. bestimmt behauptet.

b) Bey Schöpflin in der historia Zaringo-Badensi T. V. p. 50.

c) in s. Geschichte der teutschen Erbfolge S. 240.

d) Phil. Carl Scherer die verworrene Lehre der ehelichen Güterg meinschaft systematisch bearbeitet. 1. Th. Mannheim 1799. §. 115 ff.

e) In dem sogenannten Kayserrecht, das ein Product aus dem Anfang des 14ten Jahrhunderts ist, II. Th. c. 53. findet sich das Verfangenschaftsrecht gleichfalls. Allein es ist bekannt, daß dieses Rechtsbuch, obgleich der Freyh. von Senkenberg einen grossen Schaz damit gefunden zu haben glaubte, sich nicht sehr weit verbreitet hat. Vergl. Joh. Christ

mag nun aber von dem Haß gegen die zweyte Ehe, der jedoch den Gesezen der Kirche in der häufig angenommenen Ausdehnung gar nicht zugeschrieben werden darf a), oder von einer andern näher liegenden Ursache ausgegangen seyn, so bleibt doch das immer ein merkwürdiges, noch gar nicht untersuchtes Phänomen, wie eine und eben dieselbe Rechtssitte der allgemeinen Gütergemeinschaft in zwey so verschiedene Zweige enden konnte: den Vortheil des überlebenden Ehegatten, oder den der Kinder aus der getrennten Ehe. Ungleich natürlicher aber würde, wenn auch historische Thatsachen nicht dafür sprächen, die Erklärungsart des Ursprungs der Einkindschaft aus Veranlassung des Verfangenschaftsrechts auf alle Fälle seyn; dann hier trat das grosse Interesse des überlebenden Ehegatten ein, sich in eine Lage zu versezen, worinn er nicht nur zur zweyten Ehe schreiten, und Gelegenheit sich wieder zu verheyrathen finden, sondern zugleich auch zu seinem verfangenen Eigenthum wieder gelangen konnte.

Wie denn nun aber das Institut der Einkindschaft selbst an das Tageslicht gekommen, und in welchem Zeitraum eigentlich diese Rechtssitte entstanden sey? darüber streiten die Rechtsgelehrten.

Der Freyherr von Gudenus b) führt eine

Christ. Rudolph de veteri legum collectione vulgo ius cæsareum dicto Erlangen, 1759, worinn dieser scharfsinnige Gelehrte die Senkenbergischen Uebertreibungen sehr genau beleuchtet hat.

a) I. H. Boehmer ius eccl. prot. lib. II. tit. 21. §. 1. 14. 17.

b) in s. codex diplomaticus Tom. I. p. 895.

ne Urkunde vom J. 1296 unter der Aufschrift: pacta dotalia et unionis prolium inter coniuges nobiles de Hatstein an, welche, soweit sie hieher Beziehung hat, also lautet:

Nos Henricus de Hazichstein et Agnes, relicta quondam sifridi de Husenstam, Conjuges - recognoscimus - quod omnia bona nostra mobilia et immobilia, que a tempore, quo matrimonium contraximus, usque ad præsens tempus comparavimus et adepti sumus, et que comparare et adipisci possumus in futurum, Liberis nostris quos ipso tempore contractus matrimonii habuimus, videlicet mei Henrici quatuor liberis et meæ Agnetis tribus pueris, tradimus, donamus et assignamus, ut ipsa bona omnia equaliter dividant et possideant tanquam veri fratres et sorores et legitimi coheredes; nisi alios pueros deo volente procreaverimus, qui majori et potiori jure ipsis bonis Succedant, quibus nolumus aliquod projudicium generari.

Wenn diese Urkunde wirklich einen Einkindschaftsvertrag enthalten soll, so könnte man fragen, wie es komme, daß gerade auf den Fall, wenn Söhne aus der neueinzugehenden Ehe entspringen würden, diese Einkindschaft aufgehoben seyn solle? Noch unerklärbarer aber würde diese Verabredung, wenn sie in der Absicht getroffen worden seyn sollte, um dem Verfangenschaftsrecht

zu

zu entgehen, indem sie zu Gunsten der zu hoffenden Kinder ein neues Verfangenschaftsrecht als ein unübersteigliches Hindernis erklärte. Wenn aber die leztern Worte: nisi alios pueros irgend einen vernünftigen Sinn haben sollen, um das majori et potiori jure succedere zu begründen, so müste es die Voraussezung eines neueintretenden Verfangenschaftsrechts seyn. Zweifelhaft bleibt es wenigstens immer, ob diese Urkunde das beweise, was sie beweisen sollte? Da sie zumalen auch einen Vertrag enthält, der von nobilibus eingegangen wurde, bei welchen wenigstens die Einkindschaft eine seltenere Erscheinung seyn muste. Auf alle Fälle aber müste, wenn dieser Vertrag als eine unio prolium angenommen würde, das zugegeben werden, daß der Begriff derselben noch nicht auf alle Fälle erweitert gewesen sey, welche unter demselben enthalten sind. Des Zweifels, daß diese erste Probe der Einkindschaft aus einer Zeit herrührt, wo das Verfangenschaftsrecht selbst noch kaum in seinem ersten Entstehen begriffen war, und daß vor dem fünfzehnten Jahrhundert weder eine statutarische Beweisstelle noch eine andere Urkunde a) als Beyspiel einer Einkindschaft sich vorfindet, wollen wir nicht einmal ausführlicher erwähnen, obgleich daraus soviel erhellen dürfte, daß dieses pactum successorium, Einkindschaft genannt, wenn es auch wirklich in jeder Urkunde in einer partiellen Bedeutung von den contrahiren-

a) Und Tafinger versichert selbst, eine beträchtliche Anzahl von Urkundensammlungen in der Absicht durchgegangen zu haben, um Spuhren dieses Instituts aufzufinden.

hirenden Eheleuten errichtet wurde, noch lange nicht als Rechtssitte existirte, sondern in Wahrheit das isolirte Product eines individuellen Einfalls, gerade so zu contrahiren, seyn konnte.

§. 674. d.

Fortsezung.

Eine förmliche Einkindschaftsberedung findet sich mit vollständiger Gewisheit vor, welche im J. 1440 mit Bestätigung des Schöffenraths von Frankfurt errichtet wurde, und worinn Hanns Dube und Grete Clese syn ehliche Husfrau erklärten, daß von

„ir Beyder Seiten Fründen züschen yn
„Berett und Betedungen syn — — als
„der egenannt Hanns Dube zwey Kinder
„habe, daß dieselbe Kinde, und die Kin-
„de, die unser Herre Gott yn beyden in
„in forwerter mit eyn bescheren mag, ey-
„ne Kinde seyn sollen, an allen iren
„Guden liegenden und farenden — — in
„gleicher Teilungen geen und kommen
„sollen zu allen denen Rechten
„und in der Mase sie von irer
„Beyden libe geboren weren. —" a)

In einer ebendaselbst im J. 1468 abgeschlossenen Einkindschaftsberedung b) wird mit Consens der nächsten Verwandten der Kinder festgesezt, daß die zusammengebrachten Kinder Eynkind gemacht seyen, und nicht nur, als ob sie liplich

a) S. Orths Anmerkungen zur Frankfurter Reformation Anh. der II. Forts. S. 671. n. 2.

b) ebendas. S. 672.

lich Geschwister zu gleichen Theilen erben sollen, sondern

„das Leztlebend soll auch ihre Kinder von
„beyden Theilen, wiewohl iß sich wieder
„verendert hette, bey ime in synem Huse
„Wohnunge und Costen halten, sie er-
„berlich mit Cleydungen versehen, zur Er-
„barkeit erziehen, und inen thun als Va-
„ter und Mutter billig tun sollen, und so
„ire Kinder von beyden Teilen zu iren
„mannbaren Dagen kommen, sie seyen
„geistlich oder werntlich verendert, ir ig-
„lichen zu der Veranderung nach Gestalt
„und Gelegenheit geben und tun, als da
„sie narunge erlyden und ertragen moge."

In einer andern Formel vom J. 1484 wird gesagt, daß die contrahirenden Ehleute ihre zusammengebrachte und zu hoffende Kinder, welche Einkinder genannt werden, gekorn und adoptirt und festgesezt hätten, daß die unirte Kinder gehalten werden sollten,

„als ob sie lipliche Geschwisterde und von
„ine einem Vater und Mutter glich ge-
„porn weren." a)

§. 674. e.

Fortsezung.

So war schon die Rechtssitte der Einkindschaft in Frankfurt augenscheinlich entstanden, und zu einer Zeit entstanden, wo bereits römische Rechtsbegriffe und Formen sich im ausgebreiteteren Umlauf befanden. Sey es nun aber aus Vor-

a) Orth a. a. O. S. 673.

Vorstellungen des römischen Rechts, daß eine solche die Succession bestimmende Verabredung contra bonos mores seyn würde, oder daß man den Gebrauch des Verfangenschaftsrechts a) das den Kindern so sehr vortheilhaft war, umzustossen sich nicht ganz getraute: soviel ist auf alle Fälle gewis und der Bemerkung werth, daß Bürgermeister und Rath zu Frankfurt für nöthig erachteten, sich sogar ein kayserliches Privilegium darüber geben zu lassen, daß dieser Gebrauch, der bisher unter ihnen Statt gefunden, rechtsgültig seyn solle. Sie erhielten es auch wirklich von K. Maximilian I. im J. 1494, unter der ausdrücklichen Verordnung, daß darwieder nicht angezogen werden solle

„ander Recht, Statut, Ordnung, Satzung oder Gewohnheit"

aber unter den vorgeschriebenen Form, daß solche Contract

„mit Verwilligung der lebendigen Kinder, trewenhender und nächster Freunden Beschehe; und solches von Beyden Teilen für Schultheisen und Schöffen des Reichsgericht zu Frankfort gebracht, und durch sie zugelassen und erkand wirdet, daß es denselben Kindern Nuz und nit besunder Nachtheil oder Schad sey b)".

§. 674. f.

Fortsezung.

In die ältere Reformation der Reichsstadt Frankfurt vom J. 1509 wurde diese kayserliche Ver-

a) vergl. Orth a. a. O. S. 185.
b) S. Orth a. a. O. S. 620 f.

Verordnung nicht aufgenommen; desto ausführlicher aber erscheint dieselbe in der erneuerten Reformation vom J. 1571. Die Grundlage jener Vorschrift wird sowohl in Absicht auf die Form als den Zweck dieser Rechtshandlung beybehalten. Die Beyder Ehen Kindern sollen für gleiche und rechte Kindern geachtet werden. Nur soll der gemacht Vater oder Mutter

„nicht Gewalt noch Macht haben, die liegende Güter, oder so dafür geacht und gehalten werden, welche den angenommenen Kindern allbereit von ihren Eltern anerstorben oder künftiglich anersterben werden, eigens Fürnemmens und sonder Erlaubung unserer Schultheiß und Schöffen, auch sonder ehehafte, nothwendige Ursachen anzugreifen, zu veräussern noch zu beschweren. a).“

In dem Eingang zu dem Titel von Einkindschaften wird aber vor allen Dingen die allgemeine Bemerkung vorangeschickt, daß der Contract der Einkindschaft den beschriebenen kayserlichen Rechten unbekannt, gleichwohl auch denselben nicht ungemäs sey.

Und Johann Fichard der Verfasser dieser erneuerten Reformation so wie der Landesordnung der Grafschaft Solms b) (gleichfalls (vom J. 1571) bemerkt, daß

„sich

a) III. Th. 10. Tit.

b) Auch in diesem Statut werden die gewöhnlichen Förmlichkeiten vorgeschrieben, und der Einkindschaft die Wirkung beygelegt, daß dadurch Kinder verschie-

„sich die Einkindschaft fast durchaus mit „der Arrogation und Adoption vergleiche, „ausserhalb, daß den Weibern zu adop„tiren und zu arrogiren verboten, und „dann, daß die Succession in der Ein„kindschaft etwas reichlicher und voll„kommlicher ist, als in der Adoption, „darinn die Eltern ihre adoptirte Kinder „weiter nicht, als allein quoad usum„fructum und Beyseßerben. Aber in „Einkindschaften erben Vater, Mutter, „und die Kinder einander, als ob sie recht „natürliche Eltern und Kinder seyn a)." Eine gleiche Meinung, daß die Einkindschaft sey wie eine Anwünschung, wodurch einer eines andern Kind zum rechten Sohn oder Tochter aufnehme, gleich als sein eigen Kind, hegten sehr viele ältere Rechtsgelehrte b). In den consiliis Marburgensibus (Vol. 1. cs. 8. n. 2.) wird der Saz geradezu aufgestellt:

prima ab omnibus pro recepta sententia habetur, et communi assensione probatur, quod unio prolis, quæ novis

dener Ehen „einerley und gleiche Kinder „werden, derowegen auch alle ihrer beyden „Eltern verlassene Güter, als wären sie von einem „Vater und Mutter gebohren, zugleich erben soll„ten." II. Th. Tit. 20.

a) Consilior. Tom. II. cs. 89. n. 2.

b) z. B. Christ. Phil. Richter consil. Vol. I. P. VI. cons. 34. Cothmann responsorum juris Vol. IV. resp. 19. n. 57. Consilia Argentoratensia Vol. II. cs. 23. n. 26.

vis Germaniæ moribus inducta est, nulli juris civilis materiæ quam adoptioni sit similior, et omnia fere cum hac communia habeat, iisdemque regatur et gubernetur regulis.

Ja sogar Ryck ab Arweiler a), der wie wir oben (§. 674. a) angeführt haben, seine Definition auf ein pactum successorium hinstruirte, vertheidiget in der Folge die Rechtmäßigkeit dieses Vertrags gegen den Einwurf, daß er ein votum captandæ mortis mit sich führe, nichts destoweniger damit:

quia hæc pacta non principaliter nec præcipue eriguntur super hereditate vel successione futura sed super filiationis jure.

Und Andr. Gail b) führt hierüber folgende Grundsäze aus, welche das Reichscammergericht bestimmt hätten:

ex facto proponebatur, utrum uniones prolium de jure subsistant? — Ratio dubitandi ex jure communi desumitur, quo pacta futuræ successionis, præsertim acquirendæ, adeo improbata sint, ut ne jurata quidem voleant. — Hac ratione dubitandi non obstante conclusum, hujusmodi consuetudines et statuta de unione prolium eatenus valere, et de jure subsistere, si ad unionis

a) de unione prolium c. 3. n. 6.

b) lib. II. obs. 125.

nis contractum exactam causæ cognitionem requirant, ut scilicet ante unionis contractum, præsentibus tutoribus vel curatoribus et consanguineis inprimis excutiatur, quæ sint facultates eorum, quorum nomine parificatio prolium petitur, ut ex comparatione earum æstimetur, an ea utrisque salubris sit futura, idque apud magistratum loci et competentem causa cognita fiat, quemadmodum in simili, in adoptionibus et arrogationibus, quæ naturam imitantur, et cum hoc unionis contractu comparari possunt, receptum est per L. 2. C. de adopt. L. nec hi §. et primum ff. eod. §. cum autem J. d. tit. — Hinc est quod ordinatio Moguntinensis de unione prolium in Camera confirmata sit, eo quod plenam exactamque causæ cognitionem requirat, an expediat an utrisque salubris sit etc.

Die Aeusserungen dieser Schriftsteller und diese Ansichten der Gerichtshöfe und Schöppenstühle sind hier um so mehr von Bedeutung, da sie nicht blos, wie bey einzelnen controversen Puncten des Civilrechts, die Stelle von Präjudicien oder Autoritäten vertreten, sondern bey einem Institut, das, wie die ICti Marburgen-

ses a) sagen, novis Germaniæ moribus inductum ist, einen Beytrag zur Geschichte desselben abgeben, wie es nach der Ansicht der Männer, welche Einfluß auf statutarische Gesezgebung und Geschäftsgang hatten, zur mehr oder weniger ausgebreiteten Rechtssitte wurden.

§. 674. g.

Fortsezung.

Zu verwundern ist es nicht, wenn das Reichscammergericht bey dieser seiner Ansicht der Sache nach dem Zeugniß des Gail in der angeführten Stelle die bekannte constitutionem Moguntinam de unione prolium wirklich bestätiget hat. Weit mehr aber ist es zu verwundern, wenn Herr Runde (§. 673. n. c.) die Thatsache dieser Bestätigung in Zweifel zieht, welche doch in der so eben angeführten Stelle von einem so vollgültigen Zeugen behauptet wird. Hätte Herr Runde diese Stelle Gails, welche Tafinger b) wörtlich angeführt hat, gelesen, so würde er nicht behaupten, daß jene Bestätigung aus einem wahrscheinlich unrichtig verstandenen Zeugnisse jenes Schriftstellers angenommen worden sey. In dieser Stelle (Lib. II. Obs. 127. n. 7.) redet Gail freylich nur davon, daß pacta gentilitia oder statuta familiæ de successedendo inter principes et illustres personas der kayserlichen Bestätigung bedürfen.

Cæsa-

a) l. supra cit.

b) über die Lehre von der Einkindschaft §. 17. n. 6. S. 33.

Cæsaris enim auctoritate et absoluta (?) potestate suffulta talia pacta malorum morum reprehensione carent, et affectatæ mortis votum tollitur: adeoque plenitudinis arbitrio effici potest, ut paciscentes fratrum loco habeantur, (Zasius cons. I. n. 9.) licet pacto aut statuto vere naturales fratres fieri nequeant, cum jura sanguinis sint immutabilia. Et tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero. Et hujusmodi Cæsaris confirmatio omnino necessaria est quoad feuda Imperii, ut causa cognita perspicuum fiat, an talia pacta et statuta Imperio sint futura nocumento, debetque fieri ex certa scientia Cæsaris et plenitudine potestatis: quæ confirmatio robur pactis tribuit, etiamsi alias de jure communi non subsisterent, quia princeps jure positivo non obligatur, sed ei licite derogare potest. Wozu sodann Civilrechtstexte und Präjudicien allegirt werden.)

Hätte Gail mehr nicht als dieses geäussert, so würde freylich die Schlußfolge höchst unsicher gewesen seyn, daß das Cammergericht jene Constitution bestätiget habe, woran jedoch bey jenem anderen bestimmten Zeugnis eines so unterrichteten Schriftstellers kein Zweifel Statt haben kann.

§. 674. h.

Fortsezung.

Diese constitutio moguntina ist ein wichtiger Beytrag zur Geschichte der statutarischen Gesezgebung über die Lehre von der Einkindschaft. Wenn wir das einzige Statut der Stadt Freyburg im Preißgau vom J. 1520 ausnehmen, welches den berühmten Udalricus Zasius zum Verfasser hatte, und alle die Förmlichkeiten des Consenses der zu vergleichenden Kinder, ihrer nächsten Freunde und Vormünder und das Erkenntniß der Obrigkeit erfordert a), so ist diese Maynzische Constitution das älteste bekannte teutsche Statut über diese Materie, und Musculus b) behauptet nach angestellter Vergleichung, daß damit eine beträchtliche Anzahl von Statuten harmoniren, welche er a. a. O. der Reyhe nach aufgezählt hat.

In dieser Verordnung wird zuförderst der Zweck der Einkindschaften darinn gesezt daß

„die Kinder voriger Ehe mit denen, so
„in nachfolgender Ehe gezielt werden, in
„Erblicher Gerechtigkeit gleiche
„Kinder seyn sollen" damit nun hiebey

die Kinder nicht beschädiget oder verunrechtet werden möchten, so wird verordnet:

„Erstlich, so von zweyen Eheleuten ihr
„eines Todes abgehet, und eheliche Kin-
„der, die sie miteinander erworben, nach
„sich verliessen, wolle dann das Leztleben-
de

a) Tract. III. tit. 3. fol. 61.

b) de successione conventionali et anomala Membr. III. Class. 1. lit. F.

„de zu zweyter Ehe greiffen, und Ein„kindschaft aufrichten, sollen der Kin„der Vormund Tutores und Curatores, „und wo die nicht wären, alsdann der „Anherr oder die Anfrau, so sie noch im „leben oder derselben Geschwister, oder „andere, welchen vermög der Rechten die „Vormundschaft gebühret und der Kin„der Erben seyn möchten, vier die nehest „Gesipten des verstorbenen Ehegemahls „Geblüts, wo man der so viel haben kann, „dazu berufen und ersucht werden.

„Diese obgemelte sollen sich des abge„storbenen Nahrung, und was die Kin„der von ihren Eltern ererbt a), und „von dem gemachten Vater und Mut„ter ererben möchten, erkundigen und er„fahren, und ob ein Gleichheit zwi„schen der Kinder und des ge„machten Vaters oder Mutter „Nahrung erfunden werde oder „nicht. Wo sich denn eine grosse „Ungleichheit fände, so soll die Ein„kindschaft unterwegen bleiben. Befin„den aber die Vormunder oder Gesipten „keine grosse Ungleichheit, oder der „Kinder Nahrung nicht also groß „und nahmhaftig, daß man sie „daraus erziehen möchte, und der„halb eine Einkindschaft, so den Kin„dern nuz und gut seyn möchte, ver-

a) auch bis sezt offenbar Verfangenschaft voraus, denn sonst hätte ihnen nur die Verlassenschaft des Verstorbenen zu Theil werden können!

„glichen werden, soll die Form und Wei-
„se der Einkindschaft mit ihren Geding
„und Umbständen, auch ob den Kin-
„dern ein Voraus gemacht, durch die
„Vormünder, oder in Fall daß keine we-
„ren, durch der Kinder Neheſtgesippten
„schriftlich Begriffen, und am Cämmerer
„Schultheiß oder Richter, Zentgrafen
„oder Schöffen des Gerichts gebracht,
„angezeigt und begeret werden, solch Ein-
„kindschaft mit sonderlicher Erkanndtnuß
„und Spruch zu bekräftigen und in des
„Gerichtsbuch einschreiben zu lassen.

„Und sollen die Vormünder Curatores
„oder Gesipten an Eydesstatt geloben, bey
„Ehren und Wahrheit sagen, daß sie die
„Einkindschaft den Kindern zu nutz und
„gut fürgenommen, gewilligt und aufge-
„richtet haben, und daß sie gänzlich
„glauben, nicht anders wissen
„oder vorstehen, denn daß es den Kin-
„dern zu guten und frommen entsprießen
„und dienen, alsdann soll die übergeben
„Notel und Form der Einkindschaft er-
„wogen, der Sachen Gelegenheit in der
„Summa erkundiget, und alsdann ein-
„geschrieben und mit sonderlicher Erkennt-
„niß bekräftiget werden.

„In Kraft solcher Einkindschaft, so
„Vater oder Mutter mit Tod abgehen,
„sollen die gemachten Kinder ihren Vor-
„auß und alle Güter, die bey Le-
„ben ihrer angenommenen Vater
„oder Mutter denselben Kindern

von

„von ihren Gesipten angestorben,
„oder sonst durch Testament, Donation,
„oder einigen andern Titel und Ankunft
„angefallen und zugestanden wehren, zu-
„vor nemen, und folgends den ge-
„machten Vater und Mutter wie
„andern derselben natürliche
„und eheliche Kinder erben. Her-
„wiederumb ob der gemachten Kin-
„der eins oder mehr mit Todt
„abgiengen, sollen Vater und
„Mutter, als rechte und natür-
„liche Erben solche Kinder neben
„derselben ehelichen und natürli-
„chen Geschwistern und deren
„Kindern vermög der Recht und
„unser Landesgewohnheit er-
„ben."

Noch wird ausdrücklich beygesezt, daß die-
se Erbgerechtigkeit sich nicht weiter dann auf
väterlich, mütterlich und kindlich Erb-
schaft erstrecke,

„es were dann in der Einkindschaft fer-
„neres erklert, und mit Erkenntnuß zu-
„gelassen."

Auch wird am Ende verordnet:

„wo einige Einkindschaft hinführo ohne
„vorgehende Erkundigung und Erkandtniß
„der Obrigkeit, auch nicht der Maß, Form
„und Gestalt, wie obgeschrieben, aufge-
„richtet werde, die soll kraftlos, nichtig
„und von Unwürden seyn."

§. 674. i.

Fortsezung.

Diese sogenannte Constitutio Moguntina ist eigentlich ein Theil der Maynzischen Untergerichtsordnung vom J. 1534 a). Sie hat wie wir schon bemerkt haben, als eines der ältesten Statuten über diese Materie, durch ihre Uebereinstimmung mit mehreren andern nachherigen Statuten und durch ihren Einfluß auf die Ansicht dieses Instituts zur damaligen Zeit, ein nicht unbedeutendes Gewicht in der Geschichte dieses Rechtsverhältnisses. In dieser Verordnung sieht man offenbar zwey Hauptideen, auf welche das ganze Institut zurückgeführt wird. Es entsteht ein wechselseitiges Erbrecht der gemachten Eltern und Kinder; zu diesem Ende wird das Vermögen der Eltern und Kinder eine Vermögensmasse. Aber damit die Kinder nicht an ihrem Vermögen, was sie von ihren Eltern ererbt, verkürzt werden mögen, damit überhaupt die Einkindschaft den Kindern zu gutem komme, so wird eine äussere Form vorgeschrieben. Diese besteht 1) in der Einwilligung der Vormünder, oder des Ahnherrn oder der Ahnfrau, oder der Geschwister oder anderer derer welchen die Vormundschaft gebührt, (welche der Kinder Erben seyn möchten:) und zwar von vier der nächsten Verwandten des verstorbenen Ehegatten, 2) in Bekräftigung dieser Personen an Eydes Statt, daß sie

a) welche sich in Abrah. Saur's fasciculus ordinis judiciarii I. Th. Frankf. 1589. fol. Bl. 14 ff. vorfindet.

sie die Einkindschaft den Kindern für nüzlich halten, 3) in Uebergabe einer schriftlichen Form oder Notel und 4) in Erkenntnis der Obrigkeit und Einschreibung (in das Gerichtsbuch). Auf Nichtbeobachtung dieser Förmlichkeiten, welche besonders was die zuzuziehende Personen betrift, eben nicht sehr strict gesezt sind, wird die Strafe der Nichtigkeit gesezt. Offenbar ist hier einiges von der Arrogation, anderes von der Adoption entlehnt. Des Consenses der zu unirenden Kinder wird nicht erwähnt, er wird wohl, weil die Einkindschaft nur zuläsig ist, wenn sie denselben causa cognita zu gutem kommt, präsumirt, wie bey der Adoption a). Der Consens der Vormünder hingegen ist von der Arrogation, so wie umgekehrt das decretum magistratus von der Adoption entlehnt b). Vielleicht ist aber auch das decretum magistratus für nothwendig erachtet, weil im Grunde immer von Seiten der Kinder eine Alienation ihres bereits ihnen angefallenen Vermögens durch Einwerfung in die Gemeinschaft des elterlichen Vermögens der gegenwärtig einzugehenden oder bereits eingegangenen Ehe geschieht, wobey selbst der natürliche Vater das beste seines Kindes nicht besorgen kann, weil im Grunde er selbst Mitcontrahent bey der Sache ist, und um zur zweyten Ehe Gelegenheit zu finden, seine eigenen Kinder voriger Ehe gar leicht übervortheilen könnte.

§. 674. k.

a) L. 5. D. L. fin. C. de adopt.

b) Hofacker principia jur. civ. rom. germ. §. 602.

§. 674. k.

Fortsetzung.

Von dem Gerichtsbezirk des kaiserlichen Landgerichts des Herzogthums Franken führen die im J. 1536 gesammelte etliche alte Landesgebreuch a) namentlich an, daß nach getrennter Ehe der überlebende Ehegatte alle Güter und Gefäll unter seiner Verwaltung und Regierung habe, dagegen aber, so bald er die Hand verbrech, den Kindern den Zweittheil aller Güter geben und entrichten müsse. Wenn nun aber der Kinder nächste Freunde vermerkt hätten, daß „dem überpleibenden viel nutzlicher, „ehrlicher und fürträglicher were, sich wieder„umb zu verheurathen" so sey es von Alters her in dem Herzogthum Franken zu diesem Ende gebraucht worden, daß man die Einkindschaft, im Latein parificatio liberorum, errichtet hätte. Von dieser Sitte wird gesagt:

„Machung, Bedingung oder Aufrichtung „der Einkindschaft ist den Rechten und „Gebrauch nach viel ein ander Ding dann „Adoptio oder Arrogatio: dann ein Adoptirter oder Arrogirter d. i. ein angenommener Sohn oder Tochter, der ist allein „desjenigen, oder der Person, die ihn „adoptirt hatt, und nit weiter, noch in „anderer mehr weitere auf, ab oder beseits „steigender erblichen Linien, Häupter oder „Stammen natürlicher Noterben zu seyn, „zugelassen oder zu achten.

„Aber

a) in Heinrich Christ. v. Senkenberg Abh. von der kayserlichen höchsten Gerichtsbarkeit in Deutschland. Frankf. a. M. 1760. im Anhang. S. 33 ff.

„Aber die Einkindschaft die erregt und „erstreckt sich bis zu End aller natürlichen Erbschaften oder Todsfellen auf „und abe, in beseiten Linien und derselben erbserben in die Häupter und in „den Stammen, als weit sich ein rechte natürliche eheliche Erbschaft eines rechten erblichen Kindts begeben, erstrekken und erbfell zu erleben, und zu erwarten hat und haben möge."

Nichts destoweniger aber wird von diesem Rechtsbrauch der Einkindschaft der Hauptsache nach eine Beschreibung gegeben, nach welcher dieselbe, ob sie gleich ein ganz ander Ding als die Adoptio oder Arrogatio seyn soll, dennoch diesem Verhältnis näher gebracht ist, als man nach jener Erklärung hätte denken sollen: „nemlich, wo sich das überpleibent von „neuen wieder verheurath, daß alsdann „der NeuGemahel den überpleibenten Kinder gemachter Vater oder Mutter geworden, und zwischen denselbigen „beede eheleuten und gedachten „kindern, so sie als zusammen gepracht, „und hinfuer instehender ehe mit einander zeugen, mit den guettern, liegenden, farenden, erbschaften, anfellen „und allen andern, nichts ausgenommen, „allergestalt und massen seind „und gehalten worden, als waren sie von allen Theilen rechte „leibliche, natürliche Vatter und „Mutter, Kinder und Geschwistrigt, allein den Vorauß hindan

„an gesezt, davon hernacher Meldung „geschehen würdt.“

In diesen Landesgebräuchen wird übrigens schon zweyerley „Weiß und Form“, wie man in Franken Einkindschaft aufrichte, angeführt:

1) in einer offenen Heyraths-Betheidigung. Hiezu war kein verpflichteter Vormund der Kinder nöthig, sondern wie der Kinder nächste Freunde von Vater und Mutter, wo man die gehaben mag, beschliessen, das war beständig im Lanndtrechten, wann gleich die Kinder noch minderjährig wären, alldieweil man solches mit offenen Brieffen und Siegel auch mit lebendiger Kundschaft anzeigen und beweisen mag.

2) Wurden von dem Landgericht ein Proclama an alle die Orte, „da des oder „der Kinder nächste Freundt von Vat„ter und Mutter wohnen“, erlassen, und dieselben vorgeladen, um die Kinder bevormunden zu lassen. Wenn diese erschienen, so wurden aus ihnen oder auch sonst wohl zween andere gelegene Männer zu Vormündern verpflichtet, und die mit deren Verwilligung errichtete Einkindschaft mit Urthel bestätiget.

Zu diesen beyden Formen fügte die Landgerichtsordnung des Hochstifts Würzburg und Herzogthums Franken vom J. 1618 a) noch eine dritte bey, welche vorzüg-

a) in der collectio statutorum provincialium et urbium Germaniæ Wezlar. 1734. n. P. III. tit. 110.

züglich für ärmere, geringere, Leute bestimmt war, und in einem Ehevertrag der Eheleute besteht, der in Beyseyn der nächsten Freunde der Kinder und etwan zweyer dazu verordneten verständigen Männer, oder in Ermanglung der Freundschaft vor dem Rath oder Gericht des Orts, da die Ehleute gesessen, errichtet wird.

In Absicht auf die Wirkung der Einkindschaft wird ausdrücklich verordnet:

„werden die gemachte Eltern und Kinder „vermittelst solcher Einkindschaft dermassen einander verwandt und vereiniget, „daß derselbige gemachte Vater oder Mutter diese Kinder gleich ihren rechten und „natürlichen Kindern in Gewalt, Zucht „und Gehorsam bekommt. Dagegen „seyndt die Kinder solchen Eltern zu gehorsamen, und gegen ihnen gleich als „wären sie ihre rechte natürliche Eltern „sich zu erzeigen schuldig a)".

Alle Haab und Güter, was die Kinder zur Zeit der errichteten Einkindschaft schon haben, oder nachher ererben oder auf welche andere Weise bekommen, werden

„der Eltern eigen, haben auch mit „solchen, wie mit andern ihren eigenen „Gütern zu gebahren, zu thun und zu „lassen, und wo solche Kinder hernacher, „als sie von ihren gemachten Eltern „abgetheilt werden, einige Güter gewinnen oder bekommen, in denen seyndt „diese gemachte Eltern dieser ihrer Kinder (wann dieselbe ohne eheleibliche Eltern

a) P. III. tit. 118. §. 2.

„tern absterben) Erben ab intestato“. (§. 3.)

„zum Dritten würket diese Einkind=
„schaft, wo die Kinder Vormünder oder
„curatores hätten, daß alsbald nach Auf=
„richtung solcher Einkindschaft die Vor=
„mund = oder Curatorschaft aufhört“.
„(§. 8.)

Merkwürdig aber bleibt die Fürsorge dieses Gesezes auf den Fall, wann

„die gemachte Eltern gar übel und be=
„schwerlich mit den angenommenen Kin=
„dern und ihren Güthern gebahren und
„haußen, der Kinder zugebracht Guth
„üppiglich verschwenden, verthun und
„anwerden, auch die Kinder läßig und
„gar übel erziehen, auch wohl gar hin=
„weg in das Elend schlagen“.

So wie nemlich dieser Fall sich ereignet, sollen die Vormünder, so den Kindern zu Aufrichtung der Einkindschaft gegeben worden, ungeachtet ihre Vormundschaft sich sogleich nach Aufrichtung der Einkindschaft geendet, sodann auch der Kinder Gesipte und Freunde der Obrigkeit des Orts Anzeige machen. Diese soll auch für sich selbst schon ein fleissiges Aufmerken haben, und da ihre Verfügungen kein Aufhören in jenem unfugsamen Wesen bewirken sollten, die Sache an das Landgericht bringen, von welchem selbst die Abtheilung zwischen den gemachten Eltern und angenommenen Kindern a) nach Befinden der Umstände

a) welche auch in andern Stellen Dichter genannt werden.

stände ohne alle weitere Berufung angeordnet werden kann a).

§. 674. l.

Fortsezung.

In diesem Statut herrscht nun offenbar die Idee, daß die gemachten Eltern über ihre angenommenen Kinder elterliche Gewalt erwerben. Das ganze Vermögen der Kinder wird elterliches Vermögen, selbst dasjenige, was ihnen während der Einkindschaft durch Erbschaft, Donation oder auf irgend eine Weise anfällt. Die Rechte der Gemeinschaft, die in Absicht auf das zusammengeworfene und gelassene Vermögen doch immer zum Grunde liegen, zeigen sich nur noch in der Fürsorge, daß wenn die Eltern verschwenderisch sind, eine Abtheilung zwischen den gemachten Eltern und angenommenen Kindern getroffen, also im Grunde die Einkindschaft aufgehoben werden soll.

Sonderbar aber ist es, daß vorzüglich bey der einen vorgeschriebenen Form durch offene Heyraths-Betheidigung nicht einmal das decretum magistratus erforderlich ist, daß keine verpflichtete Vormünder nöthig sind, sondern daß das, was die nächsten Freunde der Kinder von Vater und Mutter beschlossen haben, beständig in Landrechten gegolten hat, alldieweil man solches mit offenem Brief und Siegel auch mit lebendiger Kundschaft anzeigen und beweisen mag. (§. 674. k.)

Eine merkwürdige Eintheilung der Einkindschaft

a) Tit. 117.

schaft in die vollkommene und unvollkommene findet sich in dem Landrecht des Hochstifts und Fürstenthums Bamberg a). (Bamberg 1769) Die Stelle, welche von der unvollkommenen Einkindschaft handelt, lautet unverständlich genug also:

„Wann die Theilung mit ausdrücklich-
„oder stillschweigender Einwilligung der
„Kindern erster Ehe unterbleibt, dahero
„jene aus zweyten Ehe Band
„auf das erst Eheliche Vermögen
„erbfähig werden, folglich auch die
„Kinder erster Ehe auf dasjeni-
„ge, was ihre rechte Eltern von
„fort an erlangen und besizen
„werden, das nemliche Erbrecht
„erhalten; So erwachset hieraus zwi-
„schen beederseits Kindern und ihren
„gemeinschaftlichen Eltern eine wah-
„re Vereinkindschaft, sich von ei-
„ner anderen und mehr üblichen
„nur darinnen unterscheidend,
„daß bey dieser lezteren auch der
„Stiefelterliche Theil in der
„Güter-Gemeinschaft mitsteht,
„welche dahero in dem Landrecht die voll-
„kommene, jene aber oder die erste
„die minder vollkommene Ver-
„einkindschaft genennt wird. Uebri-
„gens solle, was in verschiedenen Stel-
„len gedachten Landrechts von der or-
„dentlichen und mehr üblich und
„vollkommenen vorkommet, auch auf
„die

a) II. Th. 1. Cap. 3. Tit. §. 6.

„die andere verstanden seyn: es wäre „dann auf diese oder die minder vollkom„mene hier oder dort ausdrücklich etwas „besonderes verordnet, oder es brächte es derselben besondere Be„schaffenheit allschon mit sich."

Noch unverständlicher aber ist diejenige Stelle, in welcher die vollkommene Einkindschaft beschrieben wird:

„die vollkommene Bambergische „Vereinkindschaftung geschiehet, wann „die wieder heyrathende Eltern ihr „vorhin gemeinschaftliches Ver„mögen mit denjenigen des zwey„ten Ehegattens vollkommen und „in der Maaß vermischen, wie „der Rechte und Stiefelterliche „Theil eines = dann die Kinder „erster Ehe am andern Theil es „entweder durch freywillige Ein„verständnuß oder auf Richter„liche Erkanntnuß belieben. Was „übrigens eine unvollkommene Ver„einkindschaftung seye, wird sich hiemit „auf den vorausgehenden dritten Titel „§. 6. bezogen a)."

Man sagt gewöhnlich: Contraria juxta se posita magis elucescunt; Hier kann man es bey aller Nebeneinanderstellung in Wahrheit nicht sagen! Wenn uns nicht nnsere ganze hermineutische Kunst irre führt, so unterschei-

a) II. Th. 1. Cap. 6. Tit. §. 1.

det sich die unvollkommene Einkindschaft von der vollkommenen

1) in Absicht auf die Personen darinn, daß die unvollkommene diejenige ist, welche eingegangen wird, wenn nur einer der contrahirenden Eheleute Kinder aus erster Ehe hat, wo sodann immer noch die wirkliche Vereinkindschaftung von dem Ereigniß abhängt, ob in der zunächst bevorstehenden oder gegenwärtigen Ehe Kinder erfolgen werden. Die vollkommene Einkindschaft hingegen scheint uns in dieser Bedeutung diejenige zu seyn, in welcher bereits von beyden Seiten Kinder zusammengebracht und vereinkindschaftet werden.

Eben so dürfte

2) in Absicht auf die Güter zwischen der vollkommenen und unvollkommenen Einkindschaft dieser Unterschied seyn, daß bey der leztern das Erbrecht der Dichter sich nur auf dasjenige erstreckt, was von den unirenden Eltern in die Ehe zusammengebracht worden, oder was ihre rechte Eltern während der Ehe erlangen werden, nicht aber auf dasjenige Vermögen, was den gemachten Vater oder Mutter während der Ehe anfällt.

Wir geben übrigens zu, daß in Absicht auf die Vermögensverhältnisse eine Einkindschaft überhaupt unvollkommen zu nennen seyn dürfte, wenn überhaupt keine volle Gütergemeinschaft des ehelichen Vermögens auf die einzu-

zugehende Ehe für sämmtliche Eltern und Kinder wechselsweise aufgerichtet wird.

§. 674. m.

Fortsezung.

Dunkel genug bleibt diese statutarische Verordnung auf alle Fälle, und es ist wohl keine ungerechte Klage, wenn man dieses Statut aus der zweyten Hälfte des achtzehenten Jahrhunderts seiner Fassung nach unter die Incunabele der Lehre von der Einkindschaft zurückzustellen sich versucht fühlt. Wir sehen es auch in Wahrheit für mehr nicht an, als für eine fortgesezte Sammlung der forterhaltenen Bambergischen Rechtsgebräuche. Nur in dieser Beziehung benuzen wir sie, um in Absicht auf die Form der Einkindschaft noch einiges Eigenthümliche beyspielsweise heraus zu heben.

Die Einkindschaft kann nemlich nach diesem Statut nicht nur ausdrücklich sondern auch stillschweigend eingegangen werden.

Zur ausdrücklichen Form wird erfordert, daß

„der allerseitigen Interessenten Erklä-
„rung- und Gegenerklärungen (wenn
nemlich von Abtheilung oder Vereinkindschaftung die Frage sey:) mit Be-
„merkung des Jahr, Tag, und Orts,
„dann aller Anwesenden ordentlich zu
„Protocoll genommen, die Richterliche
„Erkanntnuß beygesezt, und ersagtes
„Protocoll, wo alle Theil mit der
„Sach zufrieden, von ihnen unterschrie-
„ben, oder da sie des Schreibens un-

„erfahren von dem dritten Statt ihrer „unterzeichnet werden. Welchemnächst „und wann die Einkindschaft zu Stand „gekommen, ordentliche Heyrathsbrief „nach Innhalt des Protocolls auszufer„tigen, denen Interessenten auf ihr Ver„langen dieses leztere in Abschrift die „Ehepacten aber in originali mitzuthei„len sind a).“

Die stillschweigende Vereinkindschaftung hingegen geschieht auf folgende Weise: Wenn nemlich

„die Eltern vor gepflogenen Richtigkeit „mit denen Kindern aus besonderer Ver„günstigung copulirt würden, sodann „binnen Jahr und Tag von sol„cher Zeit an die Sach zwischen „denen Eheleuten und denen „erst-ehelichen Kindern richtig „gemachet, und die Theilung ent„weder durch beeder Theilen Ein„verständnuß beliebet, oder vom „Richter rechtskräftig erkannt würde; „So müssen die Eheleut a dato „an binnen der noch übrigen Jahr„und Tags-Zeit reclamiren: „Ausserdem ist ihr Vermögen für „stillschweigend vermischt mit „dem andern Ehe-Theil zu ach„ten b).“

Hier also entsteht nun die stillschweigende Ein-

a) II. Th. 1. Cap. 3. tit. §. 21. 22.

b) II. Th. 1. Cap. 6. tit. §. 5.

Einkindschaft, von welcher das Statut also verordnet:

„wenn die rechte und Stief-Eltern mit „denen Kindern erster Ehe Richtigkeit „zu machen gegen den Inhalt des Land„rechts unterlasseten, oder auf dem Fall „vorhandener minderjährigen Kindern „ihr Vermögen zwar ausdrück„lich vermischten, jedoch ohne „Obervormundschaftliches Wis„sen und Erkanntnuß, sofort „Jahr und Tag von Zeit der Co„pulation der Eheleuten verflos„sen; So ist zwischen Eltern „und Kinderen die stillschwei„gende Güter-Gemeinschaft und „respective Vereinkindschaf„tung vorhanden a).“

Diese stillschweigende Vereinkindschaftung ist eine Rechtssitte, deren schon Justus Veratius b) Erwähnung thut. Er wirft sich selbst bey dieser Gelegenheit einen Zweifel gegen diese consuetudo patriæ auf, welcher allerdings gehört zu werden verdient:

„sed dices, qua ratione liberi, qui ut plurimum impuberes aut saltim minorennes sunt, tacite consentire præsumantur, qui tamen nec velle nec nolle habent, ac proinde ne quidem ex-

a) §. 7. a. a. O.

b) in s. libellus consuetudinum principatus Bambergensis (der im J. 1681 zum erstenmal erschien) sub voce: unio prolium quæst. 2. ex ed. de a. 1737. p. 98 ff.

expresse consentire valeant, multo minus plene intelligant, quæ damna aut lucra se ex unione maneant? Respondetur: utut de summo jure hæc doctrina suas difficultates patiatur, tolerandum tamen est, quod consuetudo publica utilitate, ne scil. ob dubiam mentem in commune viventium frequentiora sint litigia, sed certiora successionum sint jura, introduxit, simul atque uniendis contra omnia pericula, ob quæ sola tacitus ejusmodi consensus impugnandus venit, providit, dum scil. beneficio Restitutioris in integrum contra hanc tacitam unionem, siquidem divisio pinguior fuisset, læsis succurrit, quo rerum statu nemo habet, quod de ejusmodi tacita unione conqueri possit, quando præcipue vicissim considerandum est, etiam parentibus facultatem relinqui non introducta unione post longum temporis cursum ad divisionem secundum tempus initi secundi matrimonii provocandi, etiamsi patrimonium interea creverit, multoque pinguius pro liberis foret, si tacita unio introducta fuisset: cum igitur propter incertos rerum eventus, et ubi tam facile lucra, quam damna contingere possunt, multa in jure tolerentur, ita quidem ut ob hanc

hanc rationem etiam sæpius beneficium restitutionis in integrum locum invenire haud possit, procul ab injuria erit, si et hanc consuetudinem tacite introducendæ unionis prolium, quæ non rarius lucra quam damna unitis secum advolvit, populus Babebergicus æquo animo ferat, qui ne ea suis liberis noxia sit, facile cavere poterit, dum eveniente laesionis casu mature Remedium Restitutionis in integrum circumspiciendum, atque damno, quod tacita unio inflixit, omnibus in pristinum statum revocatis medendum erit.

§. 674. n.

Fortsezung.

In diesen Worten eines im Civilrecht durchaus nicht unbewanderten Rechtsgelehrten reflectirt sich recht eigentlich der Conflict treuherziger altdeutscher Rechtssitte, welche es mit den Formen nicht so genau nimmt, und das Geschäfte, wenn es dem einen oder dem andern Theil schädlich wird, wieder auflösen läßt, mit den subtilen Formen des römischen Rechts. Aber nicht nur Veracius als ein Zeuge von dem älteren Landesbrauch dasiger Gegend sondern auch dieses neue, nur gar zu altväterisch abgefaßte, Statut enthalten den Beweis, daß

man es mit den Formen des Consenses der Vormünder, der nächsten Verwandten und dem decretum magistratus an einem Orte und nach der Rechtssitte des einen Landes nicht so genau genommen hat als nach der andern. Auch sieht man sichtbar, daß, obgleich dieses Landrecht die durch Einkindschaft gewonnene Kinder Tichter nennt, dasselbe dennoch die Fiction einer Annahme an Kindes Statt mit Wirkungen der Filiation und väterlichen Gewalt nicht zum Grunde legt, sondern davon ausgeht, daß 1) eine wahre Gemeinschaft des Vermögens unter den Eltern und Kindern wechselsweise entspringe. Die Eltern können selbst nicht einmal zum Präjudiz ihrer Kinder erster Ehe über einen Theil der gemeinschaftlichen Haab weder durch einen Pact unter den Lebendigen noch durch einen lezten Willen disponiren a). In Absicht der Personen ist verordnet:

„wessen rechte Eltern und Kinder von „elterlicher Gewalts wegen gegeneinander befugt, solches hat in der nämlichen „Maaß statt zwischen Stief-Eltern „und Stief-Kindern; Soviel nemlich das häußliche Wesen und „die Zucht der Kindern anbetrift; „Und zwar ohne Unterschied, es „seyen gleich die Stiefkinder abgetheilt; „oder ihres elterlichen Erbrechts noch nicht „vergnügt, und lezteren Falls mit dem „Stief-Elterlichen Theil ordentlich „vereinkindschaftet oder nicht b.“

Nur

a) cit. Landr. II. Th. 2 cap. 1. tit. §. 19.

b) II. Th. 2. Cap. 1. tit. §. 2. 3. 4.

Nur ein Unterschied wird noch in Absicht auf die administratorische Gewalt des Stiefvaters aufgestellt. Ohne Einkindschaft ist der Stiefvater die Administration von dem Vermögen der Stiefkinder zu übernehmen weder befugt noch verbunden, und selbst wann er sie erhält, so bekommt er die Nuzniessung nicht davon;

„sondern diese kommt nach Abgang der
„Kinderen Standesmäßigen Unterhalts
„der Mutter zu. Es seye dann, daß er
„mit dieser die Ehelige Errungenschaft
„gemein hätte. Dann solchen Falls wird
„die Nutznieſſung zwischen denen Eheleu-
„ten gemeinschäftliches Gut."

In der Einkindschaft aber ist der Stiefvater die Verwaltung des eigenen Vermögens der angenommenen Kinder zu übernehmen schuldig, und

„ziehet davon mit der rechten Mutter die
„Nutznieſſung als ein gemeinschaftliches
„Gut"

Weit bequemer machte es sich der Gesetzgeber in dem corpus constitutionum Brandenburgico-Culmbacensium a). Er nannte zwar die Einkindschaft eine Annahme vor rechte Kinder, und schrieb die Vernehmung der nächsten Freunde, den Consens der Kinder selbst und wenn sie impuberes sind, ihrer Vormünder, sodann aber auf alle Fälle die causæ cognitio der Obrigkeit nebst schriftlicher Urkunde hierüber als Förmlichkeit der Handlung vor. In Absicht auf den Inhalt hingegen wurde verordnet:

„wobei

a) P. II. Tom. I. c. 5. S. 1. tit. 7. §. 20.

„wobei die obrigkeitlichen Personen, vor „welchen dergleichen Einkindschaft tractiret und beschlossen wird, wie es mit „den Successionsfällen, zwischen Stief-Vater oder Stief-Mutter, und den „uniirten Kindern reciproce zu halten, „die ausdrückliche Vereinigung mitzubesorgen und deutlich zu beschreiben haben, damit bey sich ereignenden „Todesfällen keine Disputen „entstehen mögen."

§. 674. o.

Fortsezung.

Die Preussische Gesetzgebung sezt die Absicht der Einkindschaft darinn:

„Daß zwischen den Stiefältern und „Stiefkindern, die persönlichen Rechte „und Pflichten wie zwischen leiblichen „Aeltern und Kindern, ingleichen wechselseitige Successionsrechte hervorgebracht werden sollen a).

Sie sezt Einwilligung der Kinder, ihrer Vormünder unter Vernehmung derselben durch das vormundschaftliche Gericht, und gerichtliche Vollziehung und Bestätigung dieses Vertrags voraus.

Hat einer oder der andere der die Einkindschaft errichtenden Ehegatten Verwandte in aufsteigender Linie, so mus er die Einwilligung derselben beybringen. Ist dis nicht erfolgt, so bleibt solchen Ascendenten ihr Recht auf den Pflicht-

a) Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten. II. Th. II. Tit. 11. Abschn. §. 720.

Pflichttheil von dem künftigen Nachlasse des die Einkindschaft schliessenden Abkömmlings vorbehalten a).

Ist nichts besonderes festgesetzt, so erlangen der Stiefvater oder die Stiefmutter über die Person der in die Einkindschaft gebrachten Stiefkinder alle Rechte leiblicher Eltern. Dagegen erwirbt der Stiefvater auf das Vermögen der Stiefkinder keinesweegs die einem leiblichen Vater unter Lebendigen zukommenden Rechte. Wohl aber werden dadurch gleiche und gegenseitige Erbrechte zwischen den Eltern und den in die Einkindschaft gebrachten Kindern begründet. Diese Rechte erstrecken sich jedoch nur über das der freyen Verfügung eines jeden unterworfene Vermögen. Was den Kindern anderwärts her nach geschlossener Einkindschaft anfällt, ist von diesen Successionsrechten ausgeschlossen. Eltern können nur über dasjenige Vermögen, was bey der Einkindschaft etwa ausdrücklich vorbehalten worden, und Kinder nur über das, was nicht in die Einkindschaft gekommen ist, leztwillig verordnen. Doch können zusammen gebrachte Eltern und Kinder aus eben den Ursachen, wie leibliche Eltern und Kinder (§. 399. 506. Tit. 2.) einander enterben. Aber durch die Einkindschaft entsteht kein Erbrecht unter den zusammen gebrachten Kindern und eben so wenig mit oder unter ihren wechselseitigen Familien.

§. 674. p.

a) §. 728 f. a. a. O.

§. 674. p.

Fortsezung.

Es ist nicht zu läugnen, daß diese Gesezgebung über die Gränzen eines blossen pacti successorii weit hinausgeht, besonders was die Enterbung betrift, welche gemachten Eltern und angenommenen Kindern nach den gewöhnlichen causis exheredationis, wie sie das allgemeine Gesezbuch bestimmt hat, freygestellt ist. Aber selbst diese Gesezgebung läßt in der Lehre von der Einkindschaft noch so manche Lücken offen, daß man sich nach diesem Beyspiel geneigter fühlt, andere Geseze mit größerer Nachsicht zu beurtheilen. Ist doch selbst die Frage: über welche bona sich jene Exheredation erstrecken solle? nicht einmal ausdrücklich berührt. Wie es im Fall einer Verkürzung für die angenommenen Kinder zu halten sey? davon ist gar nicht einmal die Rede.

Eine gleiche Unvollständigkeit, die sogar nicht einmal eine Totalidee von dem ganzen Institut auffaßt, finden wir in dem Württembergischen Landrecht. Es geht zwar allerdings von der Idee eines Erbvertrags aus, aber dieser Erbvertrag soll sich nur über die in die Einkindschaft inferirte Haab und Güter erstrecken. Es wird dabey auch, wie wir in allen bisher angeführten Statuten bemerkt haben, zur Ausgleichung denjenigen Kindern, welche durch die Einkindschaft verkürzt werden möchten, ein zu bestellender Voraus verordnet. Dagegen aber wird nicht nur der Consens der Kinder, die das vierzehnjährige Alter erfüllt haben, oder bey den impuberibus der Consens ihrer

rer Vormünder auch dreyer nächster Freunde des verstorbenen Ehgatten (oder wenigstens dreyer verständigen Freunde) und sorgfältiges gerichtliches Erkenntnis erfordert.

Wenn man nun aber auch diese Formen nicht als eine Ueberlieferung und Einmischung aus der Lehre von der Adoption erklären wollte, so ist noch überdis den Gerichten aufgegeben, nicht nur die Gleichheit oder Ungleichheit des Vermögens, sondern auch

„die Gelegenheit aller in solcher Union interessirter Personen, derselben Verstandes, Wesens und verhoffter getreuer Zucht halben zum fleissigsten zu erwägen —— und vornehmlich dahin zu sehen, daß Vater und Mutter ihre vorhabende Vergleichung mehr aus väterlicher und mütterlicher Treue, dann aus Anreizung des zeitlichen Gutes vornehmen a).“

Offenbar sind hier nicht blosse pecuniäre Zwecke gegenseitiger Succession zum Grunde gelegt, ob wir gleich daraus noch keine Verhältnisse der Filiation herzuleiten uns getrauen würden. Am besten aber hat uns, aufrichtig zu sagen, das Landrecht der Markgrafschaften Baaden und Hochberg b) gefallen, worinn die Rechtssitte der Einkindschaft als ein zum Nachtheil der Kinder gewöhnlich und in hohem Grade gereichendes Institut in sämtlichen Baaden'schen Landen gänzlich und allerdings verboten

a) Württemb. Landrecht III. Th. 9. Tit. §. 3.

b) IV. Th. 27. Tit.

boten und abgeschaft worden ist. Und wenn uns auch der Grund des Nachtheils für die Kinder nicht bestimmen sollte, dieses Institut für schädlich zu erkennen, so würde schon die Ungewisheit der Rechtsgrundsäze, die in dieser Materie obwaltet, Grundes genug für uns seyn, um jeden Gesezgeber auf die Schädlichkeit dieser Rechtssitte aufmerksam zu machen.

§. 675.

Begründung der Theorie selbst.

Was kann es wohl in einer Rechtslehre kläglicheres geben, als wenn man in einem wirklich mit Gelehrsamkeit geschriebenen Werke a) eines Professors der deutschen Rechte folgende Einleitung lieset, welche den Blick über das Ganze eröffnen soll:

„die Einkindschaft ist ein zwischen bey-
„den Ehegatten, mit Einwilligung der
„Vorkinder (?), rechtmäsig gestifteter
„Vertrag, vermöge dessen die aus voriger
„Ehe vorhandenen Kinder mit den künf-
„tig zu erzeugenden gleichgesezt, und in
„den, der freyen Gebahrung ihrer Eltern
„unterworfenen Gütern, bey der künf-
„tigen Erbfolge als rechte Kinder gehal-
„ten werden sollen. Sie wird in die alte
„und neue, allgemeine und besondere, voll-
„kommene und unvollkommene, gerichtli-
„che und aussergerichtliche, gültige und
„ungültige (?) (dis kann wohl für ei-
nen rechtmäsigen Vertrag keine Einthei-
lung

a) Joh. Andr. Hoffmann's Handbuch des teutschen Eherechts Jena 1798. §. 326.

lung seyn!) Beyderseitige und einsei-
„tige a) u. s. w. eingetheilt, und wird
„entweder vor oder nach der Ehe gestif-
„tet, wenn nicht besondere Geseze das
„erstre ausdrücklich verordnen."

Wer sollte nicht schon beym ersten Anblick dieser Eintheilungen in Versuchung gerathen, das Buch wieder zu zu machen, und die belobte Einkindschaft Einkindschaft seyn zu lassen?

So gut darf es jedoch dem Rechtsgelehrten nicht werden, der, wenn er die ächte Beschaffenheit dieses Instituts nicht kennt, in Gefahr geräth, sich als einen Unwissenden in einer Materie darzustellen, die von zweyfach practischer Wichtigkeit ist, da sie auf keiner allgemein gesezlichen Theorie beruht, und dazu dienen mus, nicht nur einzelne Statuten durch Interpretation für die Anwendung zu ergänzen, sondern selbst da, wo kein Gesez darüber vorhanden und die Einkindschaft der Willkühr der Partheyen überlassen ist, die Stelle des Gesezes als allgemeine Theorie für die unmittelbare Entscheidung streitiger Rechtsfälle zu vertreten.

§. 676.

Begriff der Einkindschaft.

Es geschah gewis nicht aus einer luxurirenden Neigung diese Untersuchung in's Weite zu ziehen, daß wir diese mancherley Belege zur Geschichte der Entwicklung des Instituts zusammengestellt haben. Wir wollten es unsern Lesern selbst bis zur Anschauung klar machen, welch' ein vergeblicher Versuch es sey, aus der histo-

a) Wir sezen bey: ausdrückliche und stillschweigende.

historischen Entstehung der Einkindschaft und aus der Vergleichung der Statuten erweisen zu wollen, daß die Einkindschaft ein blosses pactum successorium oder daß sie eine Art römisch-teutscher Adoption sey, wodurch Filiationsrechte und elterliche Gewalt begründet werden. Jeder Theil kann die Meinung des Andern mit Beyspielen widerlegen, die er für die seinige anführt; wenn anders diese ganze Art des Verfahrens auf Begründung oder Widerlegung einer Theorie Anspruch machen kann. Denn offenbar ist sie in dieser Richtung auf beyden Seiten nichts als eine Induction a particulari ad universale. Jeder Theil nimmt dasjenige als Regel an, was ihm in seiner Abstraction einleuchtet; die entgegen stehenden Beyspiele sind alsdann in ihren Abweichungen für ihn nur Ausnahmen von der Regel, und wenn es denn vollends dem einen oder dem andern Theil gelungen ist, die Mehrzahl der Statuten für seine Ansicht zu gewinnen, (wobey heraus- und hineininterpretirt wird nach Herzenslust!) so ist es nichts destoweniger ein sehr zweydeutiger Sieg über die Meinung des Gegners, denn die vota majora sind auch als Stimmen der Statuten nicht immer die saniora; ja wenn selbst in fünfzig Statuten die eine Bestimmung stünde, die entgegengesezte hingegen nur in zehen, so würde daraus noch keinesweegs folgen, daß die Theorie sich nach jener Mehrzahl nothwendig dergestalten verhalten müsse, um in einem Territorium, wo gar keine statutarische Disposition über Einkindschaft vorhanden ist, als nothwendige und entscheidende Norm gelten zu müssen.

Bey

Bey dieser Beschaffenheit der Sache mus nun entweder aller Versuch aufgegeben werden, wissenschaftlich zu verfahren, in welchem Falle wir es auch dem Practiker gar nicht verdenken, wenn er das für die Regel hält, was in der Mehrzahl der Statuten bestimmt ist, weil immer eine generellere Vermuthung factisch dafür streitet; vorausgesezt, daß er seine Regel nicht für Wissenschaft ausgebe: oder der Versuch, diese Lehre auf Principien zurückzuführen (und nicht blos auf Regeln!) mus auf eine andere Weise angestellt werden!

§. 676. a.

Fortsezung.

Um die historische Frage ist es zu thun: in welchen Gestalten erscheint die Einkindschaft in den verschiedenen Monumenten, aus welchen wir dieselbe erkennen können? Auf diese Frage dient soviel nach dem bisherigen zur Beantwortung als Thatsache:

1) Die Einkindschaft erscheint als reines pactum successorium.
2) Sie ahmt die Annahme an Kindes Statt insoferne nach, daß sie Rechte der elterlichen Gewalt über die Dichter und diesen Rechte der Filiation ertheilt.
3) Sie ist aber auch häufig nur eine Mischung beyder Extreme. Sie räumt den gemachten Eltern allerdings Rechte einer gewissen häuslichen Gewalt ein, die nicht blos aus dem successorischen Vertrag hervorgehen, auch aus diesem nicht er-

klärt werden können. Sie hebt aber auch die Rechte der Gemeinschaft oder das ius quæsitum auf Succession, das aus einem Erbfolgevertrag hervorgeht, nicht auf, welches in Hinsicht auf das in der Einkindschaft begriffene Vermögen Statt findet, so daß eine willkührliche Disposition oder eine auf gesezliche Ursachen gegründete Enterbung zum Nachtheil der angenommenen Kinder dadurch zuläsig wäre. Jene beyden Extreme vereinigen sich also in einem dritten, soweit sie neben einander bestehen können.

§. 676. b.

Fortsezung.

In diese drey Klassen zerfallen alle Einkindschaften. Nun entsteht aber die nächste Frage, zu der wir auf dem Weege unserer classificirten historischen Ansicht gelangen: worinn bestehen die Merkmale, die den Gattungsbegriff der Einkindschaft, welchem diese dreyerley Arten untergeordnet seyn müssen, bezeichnen?

Eine Einkindschaft ist dem Begriff nach denkbar, wenn

1) nur Kinder eines Ehegatten in die Ehe gebracht werden, es sey nun, daß
   a) Kinder aus dieser Ehe dabey vorausgesezt werden, mit welchen jene Kinder gleichgestellt werden sollen, oder daß
   b) diese Voraussezung gar nicht in Betrachtung genommen, sondern von dem gemachten Vater oder Mutter in Gemein-

meinschaft mit dem andern Theil erklärt werde, daß schon diese Kinder (oder auch nur dieses eine eingebrachte Kind als Kind) oder als Kinder dieser Ehe angesehen werden sollen a).

N 3 Eine

a) Zwar giebt es viele Statuten, welche sagen, daß wenn nur von einer Seite Kinder eingebracht und in der Ehe keine Kinder erfolgt seyen, die Einkindschaft gefallen seyn solle. Allein es giebt auch wieder andere Statuten, welche das Gegentheil annehmen. So sagt z. B. das Württembergische Landrecht (III. Th. 9. Tit. §. 8.) daß die Einkindschaft, wenn keine Kinder erfolgt seyen, mit dem Tode des einen Ehegemächts gefallen d. h. resolvirt sey. Allein es sezt dieser Regel wörtlich die Einschränkung bey: „wofern darinn (in der Einkindschaftsberedung) keine andere Verordnung „ausdrücklich geschehen." Es nimmt also an, daß der Begriff der Einkindschaft durch die Verordnung, daß auch nur die Kinder eines Ehegatten als Kinder dieser Ehe anzusehen seyn sollen, wann gleich keine andere nachfolgen, keineswegs aufgehoben werde. Mehrere Statuten nehmen das gleiche an. Eben so getheilt, wie die Statuten, sind auch die Schriftsteller. S. Griesinger in dem Commentar V. B. S. 291. Nur ist der Unterschied wohl zu beachten. Ein Statut hat Recht, wenn es seinen Begriff der Einkindschaft enger oder weiter sezt, denn das hängt vom Willen des Gesezgebers ab, wie weit er hierinn gehen will. Aber der Rechtsgelehrte, der den Begriff der Einkindschaft auf verschiedener Ehen Kinder im Allgemeinen sezt, hat Unrecht. Denn der Begriff ist in einer grössern Allgemeinheit denkbar, und kommt positiv auch in dieser Gestalt vor. Und so ist also die Abstraction, welche den Begriff blos auf wechselseitige Kinder sezt, zu enge.

Eine Einkindschaft ist unläugbar

2) vorhanden, wenn Kinder wechselsweise zusammengebracht werden. Und eben so gewis ist sie auch

3) dadurch nicht aufgehoben, wenn mit den wechselseitig oder einseitig eingebrachten Kindern die zu hoffenden Kinder dieser Ehe verbunden sind, was vielmehr die Natur der Sache mit sich bringt a).

§. 676. c.

Fortsezung.

Immer aber würde die Einkindschaft eine Gleichstellung von Stiefkindern in der Richtung gegen die Stiefeltern enthalten, gleich als ob sie die Kinder aus der Ehe dieser Eltern wären, man mag nun annehmen, daß wechselsweise eingebrachte Kinder, daß eingebrachte und unirte Kinder von den Eltern in einer solchen Einkindschaft begriffen werden, oder daß, welcher Fall auch allerdings eintreten kann b), und uns schon actenmäsig vorgekommen ist, vollbürtige Kinder unter sich selbst eine Einkindschaft errichten.

Die=

a) Das bedarf keiner Erinnerung, daß die Einkindschaft auch Kinder weiteren Grades in sich begreifen kann, wenn z. B. ein Kind, das in die Einkindschaft gebracht wird, Kinder hat. Natürlich treten diese in die Stelle ihres in der Einkindschaft begriffenen Vaters oder Mutter. Vergl. beyspielsweise das Württembergische Landrecht im angef. Tit. §. 10.

b) S. Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen §. 225. n. 6. Vergl. Landgerichtsordnung des Herzogthums Franken III. Th. 111. Tit. §. 15.

Dieses würde nun natürlicher Weise nichts anderes seyn, als ein pactum successorium unter Stief- oder auch Halbgeschwistern, wodurch sie in Absicht auf das von ihren respectiven Eltern für jeden Theil zu erwarten habende Vermögen ein wechselseitiges Successionsrecht unter sich aufstellen.

Aber nicht nur in diesem Falle, sondern in allen Fällen, wo Einkindschaft errichtet, wo Stiefkinder in einer gewissen Bedeutung in die Stelle rechter Kinder gesezt werden, ist

A) von Mittheilung eines Successionsrechts immer die Frage. Nur würden alsdann wiederum drey verschiedene Fälle möglich seyn, welche alle nicht nur möglich sind, sondern in der Wirklichkeit vorkommen:

1) entweder wird die Gemeinschaft des gegenseitigen Erbrechts auf das Vermögen der zusammen verheyratheten Eltern von den Stiefkindern blos unter sich errichtet. Hier kann von einem den Stiefeltern wechselsweise zugestandenen oder erworbenen Erbrecht auf das Vermögen der Stiefkinder nicht die Frage seyn, denn sie sind in der Uebereinkunft als Mitkontrahenten nicht begriffen. Es wird also blos ein Erbrecht für Stiefgeschwister auf das wechselseitige elterliche Vermögen retro gleichsam errichtet. Oder es entsteht

2) ein Erbrecht der angenommenen Kinder und gemachten Eltern

a) wechselsweise, welches der häufigere Fall ist, oder

b) wenn auch nur einseitig eingebrachte Kinder von dem andern Ehegatten angenommen, und so von den Eheleuten als einerley Kinder dieser Ehe erklärt werden. Oder es wird endlich

3) ein Erbrecht für die gemachten Eltern, für die angenommenen Kinder und für die Stiefgeschwister unter sich während der bestehenden Einkindschaft errichtet, wie solches z. B. in der Landgerichts-Ordnung des Herzogthums Franken a) aufgestellt ist.

B) In Absicht auf die Art, wie dergleichen Einkindschaften errichtet werden, lassen sich gleichfalls dreyerley Formen denken. Sie wird entweder

1) stillschweigend errichtet, wenn nemlich zusammenheyrathende Eheleute, die Kinder in die Ehe bringen, und nach geschehener Inventur innerhalb einer gesezlich bestimmten Zeit eine Absonderung des Vermögens nicht reklamiren. (S. §. 674. m) Oder sie geschieht

2) ausdrücklich durch Vertrag vollbürtiger Stiefgeschwister unter sich oder mit ihren Eltern, wozu in mehreren Statuten sodann eine blosse Urkunde über diese Uebereinkunft erfordert wird. Oder sie geschieht

3) auf eine feyerliche besonders vorgeschriebene Weise besonders für den Fall, wann minderjährige oder unmündige Kin-

a) III. Th. 119. Tit. §. 13.

Kinder vereinkindschaftet werden sollen, wo sodann die Einkindschaft, zumalen wenn sie einen Erwerb elterlicher Rechte und Filiation bewirken soll, offenbar kein eigentlicher Vertrag sondern eine Art von actus legitimus zugleich ist, wodurch ein wahrer status familiæ begründet wird.

§. 676. c.

Fortsezung.

Fassen wir nun alle diese verschiedenen Fälle und Bestimmungen in einem solchen generischen Begriff der Einkindschaft zusammen, der sich mit den specifischen Merkmalen dieser oder jener Art auf gut logisch nicht befasse, so ergiebt sich, daß derselbe

1) in Absicht auf die Personen einen Vertrag der Kinder als Geschwister unter sich, der Kinder mit den Eltern, und eine Rechtshandlung, in welcher Vormünder, Verwandte und Obrigkeit für diese minderjährigen Kinder zugleich mit den Eltern sorgen, in sich begreife. Das Allgemeine in dieser Rücksicht ist Einsezung von Stiefeltern in die Stelle rechter Kinder, dann diese kommen immer in dieser Richtung vor. Sie werden gleichgestellt

2) in Ansehung des Vermögens. Und zwar wird pro basi dasjenige Vermögen angenommen, was von den Eltern herrührt, also das elterliche Vermögen, das entweder die verstorbenen Eltern zurückgelassen haben, oder auch dasjenige, was

die unirenden Eltern miteinwerfen. Immer aber stellt sich dieses Verhältnis

3) der allgemeinsten Form nach darinn unterscheidend dar, daß Stiefkinder nach einem gewissen Maasstab gleichgemacht werden, als ob sie Kinder einer Ehe wären; es sey nun, daß blosse Erbfolge oder daß zugleich auch wahrhaft elterliche und Filiationsrechte oder daß ein Mittelzustand zwischen beyden, der eine häusliche Gesellschaft zwischen gemachten Eltern und angenommenen Kindern in sich begreift, errichtet werden. Das aber bleibt

4) Dem intendirten Effect nach immer als Grundlage, daß Successionsrechte, es sey nun active oder auch passive, für die Stiefkinder begründet, oder daß Stiefkinder in Rücksicht auf Succession als rechte Kinder betrachtet werden sollen.

§. 676. d.

Fortsezung.

Gehen wir nun von dieser Erörterung der allgemeinsten überall vorkommenden Merkmale aus, so können wir den Gattungsbegriff der Einkindschaft also festsezen, daß sie eine auf zu errichtende Successionsrechte sich gründende Rechtshandlung sey, wodurch Stiefkinder in die Stelle rechter Kinder (in mehr oder weniger ausgedehnter Bedeutung) versezt werden.

Wir bitten unsere Leser zu bemerken, daß wir hier keinen reinen Verstandesbegriff a priori

ri aufzufassen haben, sondern einen historischen Begriff, soweit er sich in allen vorhandenen specifischen Beyspielen als Gattungsbegriff wieder findet.

Immer bleibt die Einkindschaft

1) eine Versezung von Stiefkindern in die Stelle rechter Kinder, die weil sie auch natürliche seyn, oder auch nur aus einseitig eingebrachten Kindern bestehen können, ebendarum keinesweegs Kinder verschiedener Ehen genannt werden dürfen, sondern richtiger Stiefkinder genannt werden, weil immer eine Relation auf die Eltern rückwärts Statt findet, als ob die vereinkindschaftete Kinder, wirklich Kinder einer Ehe wären, selbst alsdann, wenn, wie der Fall ja doch möglich ist, die vollbürtigen verschiedenen Kinder unter sich auf ihren eigenen Willen und auf ihre eigene Autorität hin und ohne Zuthun der Eltern einen einkindschaftlichen Erbvertrag unter sich über die Succession der leztern errichteten.

2) Sie ist eine Einsezung von Stiefkindern in die Stelle rechter Kinder, welche auf alle Fälle Successionsrechte begründet, sie halte sich nun lediglich innerhalb dieser Gränze, oder sie dehne sich auf ertheilte elterliche Gewalt und Filiationsrechte oder blos auf dasjenige aus, was die Gemeinschaft einer häuslichen Genossenschaft unter unirenden Eltern und Kindern auf natürlichem Weege mit sich bringt. Aber eben

eben weil diese Gleichstellung immer graduell verschieden ist, so musten wir den Begriff derselben durch das nähere quantitative Prädicat: „in mehr oder weni„ger ausgedehnter Bedeutung" bezeichnen. Mit allem diesem aber glaubten wir endlich

3) die Sphäre des allgemeinen Begriffs der Einkindschaft dadurch beschliessen zu können, daß die Form dieses Verhältnisses, in welchem die darinn begriffenen Personen sich in Absicht auf Successions- oder andere häusliche Beziehungen befinden, in jeder angenommenen Richtung den Maasstab zum Grunde lege, als ob die Stiefkinder Kinder aus einer und ebenderselben Ehe wären, als ob sie rechte Kinder dieser Eltern würden.

§. 676. e.

Allgemeine Bemerkungen
a) über die Form der Einkindschaft.

Wir könnten nun von dieser, wie wir glauben, schulgerechten Definition unmittelbar zu den verschiedenen Arten der Einkindschaft übergehen. Allein wir erachten nun doch vor nothwendig, zuförderst noch einige allgemeine Bemerkungen voranzuschicken, welche entweder bey allen den verschiedenen Fällen der Einkindschaft, die wir angeführt haben, oder wenigstens bey mehreren derselben in verschiedener Beziehung eintreten können.

1) In Absicht auf die Form, welche in sehr vielen Statuten vorgeschrieben ist,

und

und welche gewöhnlich in dem Consens der Kindern, soferne sie mündig sind, so wie in dem Consens der Vormünder, oder auch der nächsten Verwandten, in der causæ cognitio und dem decretum magistratus bestehen, wozu auch nicht selten die schriftliche Abfassung gezählt wird, (wie das alles in der historischen Einleitung, die wir zur Lehre von der Einkindschaft vorausgeschickt haben, zu lesen ist:) scheint uns die Bemerkung vor allen Dingen nicht überflüssig, daß wir

a) nur in dreyerley Fällen uns die Richtigkeit dieser Rechtshandlung als Folge der nicht beobachteten Form zu denken vermögen, wenn nemlich

1) entweder die Strafe der Nichtigkeit ausdrücklich in einem Statut auf die Nichtbeobachtung der Form gesezt ist, oder wenn

2) diejenige Form unterlassen worden ist, welche gemeinrechtlich bey jedem solchen Negotium eines Minorennen erfordert wird, welches eine Alienation, die nicht nothwendig ist, wie z. B. bey rebus mobilibus, quæ servando servari nequeunt oder eine solche Veräusserung der Rechte des Minorennen enthält, welche im hohem Grade nachtheilig für ihn seyn, und selbst durch die Sorgfalt des Vaters iuris intellectu nicht abgewandt werden kann, weil dieser sich in einer offenbaren Collision seines eigenen Interesses mit dem seines Kindes befindet. Oder wenn

3) die

3) die Einkindschaft nach dem Landes-Statut als eine wahre Annahme an Kindesstatt eingegangen werden muß.

Was den ersten Saz betrift, so bedarf es keines Beweises, daß eine Rechtshandlung wenn sie sogar verboten ist, nicht gerade zugleich nichtig ist, sondern daß die pœna nullitatis ausdrücklich beygesezt seyn muß. So ist z. B. nach dem canonischen Recht die unterlassene Proclamation strafbar, die Ehe ist aber darum nicht ungültig, wenn gleich diese Unterlassung vorangegangen ist, und die natürliche Rechtsregel tritt in ihre Anwendung: commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, in tuto sit a) oder wie die Practicker sagen, ut valeat magis actus, quam pereat.

Auch sind die in den Statuten vorgezeichneten Formen oft b) so kauterwelsch gesezt, daß man in Verlegenheit kommt, es zu entziffern, ob sie dergleichen Requisiten cumulative oder subordinate verordnen, so daß es selbst dem Geist treuherziger Einfalt, der zumalen in jenen ältern Gesezen herrscht, angemessen ist, nur da nach aller Strenge zu urtheilen, wo diese durch das Gesez selbst vorgezeichnet, wo also in der Anwendung auf den gegenwärtigen Fall die pœna nullitatis gesezt ist c) oder wo sie um mit

a) L. 80. D. de V. O.

b) Man halte uns die Härte dieses Ausdrucks zu gut, den die saure Arbeit des Durchlesens dieser Statuten uns ausgepresst hat!

c) Joh. Steph. Pütter in theoria generali de nullilate Gœtting. 1759. §. 18. bemerkt ganz richtig:

mit allgemein anerkannten und nothwendigen gemeinrechtlichen Bestimmungen nicht in Widerspruch zu gerathen, angenommen werden mus.

Den andern Saz betreffend, so ist es unseres Ermessens klar, daß so oft ein Vater oder eine Mutter eine Einkindschaft errichtet, in welche von diesem contrahirenden Theil seine Kinder erster Ehe gebracht werden, eben so oft das Vermögen, welches diesen Kindern von ihrem verstorbenen Vater oder Mutter erblich zugefallen ist, in diese Ehe inferirt, und der Administration oder dem Niesbrauch der gemachten Eltern unterworfen wird. Wenn man nun auch im Falle, daß ein Vater seine ehliche Kinder und nicht etwa ein natürliches Kind in diese Einkindschaft brächte, mit Pufendorf a) sagen wollte: patrem habenti tutor non

richtig: nimirum quidquid lex præcipit prohibetve, id quidem si contra legem fit, illicitum, iniustum, ne dicam iniquum est, nec vel impune maneat, sanctione pœnali muniri potest; sed necdum ideo statim nullum est, quod agitur, nisi diserte idem hoc addat lex præcipiens prohibensve. Finge legem requirere confirmationem certorum negotiorum iudicialem, chartam signatam, alias solennitates adhibendas. Si lex addit pœnam nullitatis, nempe ut nullum haberi debeat totum negotium neglecat præscripta solennitate, tunc per se res clara, nullitatem inferri. Sin secus; qui neglexit, in pœnam mulctamve incidere, ipsum negotium nihilominus subsistere potest.

a) cit. Obs. 200. §. 28.

non datur, so ist doch bekannten Rechtens, daß sobald eine Collision der Interessen des Kindes und des Vaters eintritt, alsdenn auch die Bestellung eines Vormundes für ein solches der väterlichen Gewalt unterworfenes Kind Statt findet. Ryck ab Arweiler a) stellt sogar den Saz auf:

> Ideo, inquam, consultius imo decentius fecerint magistratus, si aut tutores curatoresve hisce liberis præficiant, aut vero eosdem propinquos et amicos in debita forma ad tutelam curamve vocent, arg. L. 27. ff. de donat. ubi nec inter parentes et liberos gesta omni suspicione liberantur, quemadmodum et alias receptum est liberis etiam adhuc in potestate parentum constitutis propter evidentem eorum utilitatem tutorem vel curatorem bonorum eis dari. L. fin. §. sine autem. C. de bonis quæ liberis, ubi Bartolus facit optime in argumentum textus in L. quidam cum filium 46 ff. de heredibus instit. ubi plus de amico confidit filius quam de patre ipso.

Auf alle Fälle aber ist das wenigstens eine Rechtsthesis, die im Allgemeinen keinen Zweifel leidet, weil sie auf einer inneren Nothwendigkeit beruht, daß da, wo also eine offenbare Collision den Interessen zwischen Sohn und Vater

a) de unione prolium c. VI. n. 24.

ter eintritt, daß die unitas personae aufhören mus, wirksam zu seyn, und daß selbst der filius familias nicht als Sohn in solchen Fällen betrachtet werden kann, wie dis z. B. bey dem peculium adventitium irregulare aus dieser ratio legis im Grunde Statt findet a). Hier mus nun also, wenn das Rechtsgeschäfte der Einkindschaft auch nur stricto jure validum seyn soll für den minorennen Sohn die autoritas tutoris oder der consensus curatoris hinzukommen b). Aus eben diesem Grunde aber gehört nicht nur die Bestellung eines Vormundes zu den Bedingungen der Gültigkeit einer solchen Einkindschaft, selbst wann der Vater dieselbe für sein Kind abschliest, und folglich nach einem natürlichen Schluß a majori ad minus, wenn die Mutter eine solche Ehe eingeht.

Aber nicht nur die Bestellung eines Vormundes, sondern ein Decretum magistratus über die Einkindschaft selbst erachten wir für nöthig, denn es ist keinem Zweifel unterworfen, daß die alienatio bey rebus minorum, wozu ein decretum magistratus erfordert wird, im weiteren Sinne genommen wird, als eine jede deminutio juris quaesiti vel repudiatio. c) Und kein vernünftiger Mensch wird es in Abrede ziehen, daß das Wohl oder Wehe solcher Kinder, deren überlebender Vater oder Mutter vielleicht heyrathslustig ist, und auf dem Wege der Einkindschaft diesen

a) cf. Hofacker principia iuris civilus rom. germ. §. 580.

b) Vergl. Griesinger in dem Commentar V. B. S. 277. n. 6. ibique cit. Lauterbach tibt. de tutelis. §. 28.

c) Hofacker c. l. §. 670. ibique cit. L. 3. §. 5. L. 5. §. 8. D. de reb. eor. qui sub tut. L. 4. 7. Q. de praed. et aliis reb, minor.

diesen Zweck zu erreichen sucht, von dem Ausgang einer solchen Verbindung gewaltig abhänge.

Der dritte Saz hingegen ergiebt sich von selbst. Wenn nemlich wahre Filiationsrechte und wahre elterliche Gewalt durch die Einkindschaft von den gemachten Eltern über die Dichter nach dem Statut erworben werden, oder nach dem Willen der unirenden Eltern erworben werden sollen, so ist

a) wofern ein gemachter Vater adoptirt, das anzunehmende Kind ein wahres Object der Arrogation. Hier ist nun der Consens des zu Arrogirenden nothwendig, ebenso der Consens des Vormunds, und wenn von einem impubes die Frage ist, der Consens der nächsten Verwandten desselben von der Seite seines zuvor verstorbenen Vaters oder Mutter her. a) Weil aber die Einkindschaft nicht per rescriptum principis geschieht, so ist, wenn das Gesez das decretum magistratus erfordert, dasselbe in diese Stelle getreten.

Da nun aber

b) die elterliche Gewalt auch bey der Mutter heutigestags in gewisser Bedeutung eintritt b), so dürfte

a) cf. Hofacker c. l. §. 502. 504.

b) Günth. Alb. Renz mixtura juris romani et germanici in materia patriae potestatis et quae inde dependent, conspicua Tubing. 1735. thes X. schildert diese Verhältnisse treffend, wenn er sagt: constat Jus romanum soli patri omnem potestatem addicere, matre penitus exclusa, ita ut ne patre quidem mortuo quicquam juris in eam transeat, sed liberi sui juris efficerentur, nec alio quam tutelae titulo mater sibi circa eos aliquid juris vindicare posset. Videamus quid ad haec Germani. Sicuti heic sunt sanam rationem et mores plerarumque gentium secuti, tantam potestatem, quantam natura requirit, matri etiam vivo patre, subordinate tamen, hoc vero mortuo soli concedendo,

dürfte hier eine Gleichheit der Verhältnisse auch auf die Form einer solchen, Filiationsrechte und elterliche Gewalt begründenden, Einkindschaft, aus einem gleichem Grunde innerer Nothwendigkeit auszudehnen seyn. Es würde also die Ein=

dendo, ut ante receptum Jus Romanum, quae patri competierant jura, eo mortuo omnia in matrem transierint. Neque per ius romanum hic quicquam immutatum, utut invecto isto sub nomine magis reverentiae Iltis venire consueverit, qui aliam potestatem, quam civilem istam, haud agnoscebant, non cogitantes ex Reverentia non posse inferri obligationem perfectam, qualem tamen deprehendi in liberis erga matrem ipso rerum usu fateri coguntur, quaeque ideo nomine obsequii magis insignienda, eique correspondens in matre potestas naturalis agnoscenda erat. Non est haec observatio sine fructu. Suppeditat enim regulam: quod quicquid ex potestate parentum naturali fluit, etiam matri competat, quicquid vero ex civili, id quatenus receptum, soli Patri non Matri adscribendum veniat, quod in seqq. quā singulos effectus specialius apparebit. Datur igitur hodienum potestas etiam materna, quae tamen non impedit, quo minus patre mortuo filius possit dici sui juris, quia haec juris romani denominatio relationem ad potestatem civilem habet, a qua utique tum filius liber est. Huic potestati debetur, quod mater, etiamsi non sit Tutrix, et educationis curam et bonorum non administrationem saltim sed et usumfructum aeque ac pater habeat, eaque omnia tametsi Vitricum superinduxerit, contra principia romana retineat.

Einwilligung des Tutors oder Curators, wenn das Kind impubes ist, das in die Einkindschaft aufgenommen werden soll, den Consens der nächsten Verwandten auf die angegebene Weise und ein decretum magistratus wesentlich erfordern.

§. 676. f.

Fortsezung.

Unseres Erachtens kann diesem allem zufolge nach gemeinen Rechten als Thesis nur das behauptet werden, daß eine äussere Form de essentia bey der Einkindschaft sey, wenn

1) das Statut selbst solche Bestimmungen sub poena nullitatis auf den Unterlassungsfall beygesezt hat, oder wenn
2) die Sorge für das Vermögen und die Rechte minorenner Kinder, die vereinkindschaftet werden sollen, die Bestellung eines Vormunds und ein decretum magistratus erheischt, oder wenn sogar
3) eine wahre Annahme an Kindes Statt in der Einkindschaft nach dem Statut oder dem Willen der Contrahenten enthalten ist. In diesem leztern Fall würden also die Requisiten der Arrogation, so weit sie vorhanden ist, und so weit sie beybehalten werden können, eintreten. Es würde nemlich, da, wo die Einkindschaft nach dem Willen des Gesezgebers auch mit dem Effect der elterlichen Gewalt geschehen darf, — Statt des rescriptum principis hinreichend seyn, wenn diese Annahme an Kindes Statt durch Einkindschaft imperio magistratus d. h. nach vorgängiger cognitio causae ob die Einkindschaft den

den Kindern zuträglich sey? und nach darüber abgefaßter gerichtlicher Bestätigung zu Stande käme. Auch würden wir bey der Einkindschaft als Annahme an Kindes Statt, die eine Art Arrogation enthält, den ausdrücklichen Consens der Kinder erfordern. Bey derjenigen Einkindschaft hingegen, welche keine eigentliche elterliche Gewalt und Filiation bewirken soll, würden wir das sufficit, eum qui adoptatur non contradicere a) in so ferne analogisch anwenden, daß wir den ausdrücklichen Consens der zu vereinkindschaftenden Kinder nicht erforderten.

§. 676. g.

Fortsezung.

Man halte uns nicht entgegen, daß diese unsere Theorie von der Form der Einkindschaft im Grunde mit der von Hofacker b) aufgestellten auf eines hinauslaufe. Dieser verdienstvolle Schriftsteller, welchem wir so gerne in jedem Falle unserer Ueberzeugung beypflichten, sagt:

> in perficienda unione ex usu fori nostri formam adoptionis quodammodo accommodatam deprehendere licet. Requiritur enim I) consensus tum 1) parentum unientium tum 2) liberorum uniendorum, accedente auctoritate tutorum et curatorum, in minnorennibus nec patrem habentibus(?), tum 3) cognatorum propinquiorum ex latere parentis praemortui. Sed et II) auctoritas magistratus, ratione domicilii parentum

a) Hofacker c. l. §. 609.

b) c. l. 602.

tum unientium competentis interveniat necesse est, ad cuius officium pertinet

1) praevia causae cognitione, an expediat unio liberis, et inquisitione ideo in facultates, mores et qualitates parentum et liberorum facienda,
2) decreto id, quod actum est, approbare, scriptura plerumque (?) ea de re confecta.

Unseres Erachtens ist es eine sehr grosse Abweichung von diesen Säzen, wenn wir behaupten, daß

a) zu einer Einkindschaft, die blos von vollbürtigen Stief- oder Halbgeschwistern unter sich als pactum successorium eingegangen wird, keine Form erforderlich sey, und daß
b) bey einer Einkindschaft in welcher Minorenne vorkommen, wenn sie eine wahre Annahme an Kindes Statt involvirt, die Erforderniße der Arrogation (mit substituirten decretum magistratus an die Stelle des rescriptum principis) Statt finden; wenn aber nur eine gewöhnliche Einkindschaft als pactum successorium und als Errichtung einer häuslichen Genossenschaft eintreten, bey minorennen Kindern ein consensus des Vormundes und ein decretum magistratus erforderlich sey, daß aber auch hier wie bey dem unmittelbar vorherberührten Fall hier das: patrem habenti tutor non datur, seine Anwendung gar nicht finde. Ist in diesen beyderley Fällen das, was wir als gemeinrechtliche Form betrachten, nicht beobachtet worden, so ist es ein wesentlicher Verstoß gegen das gemeine Recht. Ist nun also entweder in einem Statut keine Form vorgeschrieben, so mus nichts

nichts bestoweniger nach der in der Willenserklärung der Partheyen enthaltenen Intention das eingegangene Rechtsgeschäft auf diese Formen zurückgeführt, und wenn dieselben nicht beobachtet worden sind, die Einkindschaft als gegen die gemeinrechtlichen Bestimmungen eines solchen Rechtsgeschäfts anstossend für nichtig erklärt werden. Ja, wenn selbst das Statut diese Formen vorschriebe, so müßte hier die bekannte Regel eintreten, daß die Statuten secundum jus commune zu interpretiren seyen, und somit erhielte die erste Regel die wir oben (§. 676. e.) festgesezt haben, in der Verbindung mit den beyden andern eine nähere Einschränkung. Kraft derselben müßte sie nemlich hier in ihrer vollständigen Bedeutung nunmehro also verstanden werden: Ungültig ist eine Einkindschaft an sich nicht, wenn dabey die gewöhnlichen Formen nicht beobachtet sind. Sie ist nur alsdann richtig, wenn

1) das Statut ausdrücklich die Nichtigkeit auf die Unterlassung der Form sezt, oder wenn
2) eine solche Form verlezt worden ist, deren Verlezung schon gemeinrechtlich die Nichtigkeit eines jeden Rechtsgeschäfts dieser Art zur Folge haben müßte, selbst wenn das Statut, das diese Formen vorschriebe, die poenam nullitatis nicht ausdrücklich beygesezt hätte, weil es als Regel der Interpretation bey einem solchen Statut angenommen werden muß,

ut per illud quam minimum laedatur jus commune a).

Gleichgültig aber ist es überdis nicht, ob man in dergleichen Fällen eine gemeinrechtliche Richtschnur der Beurtheilung hat, weil

1) in den Fällen, wo die statutarische Gesezgebung nichts ausspricht, das id, quod deprehendere licet, wie Hofacker a. a. O. sich ausdrückt, eine sehr unsichere Regel ist, die
   a) einestheils bey der grossen Varietät der Statuten nicht einmal ein historisches Fundament mit Sicherheit für sich hat, und
   b) überdis in einem Lande, wo jene Formen nicht eingeführt sind, keine obligatorische Norm abgeben kann indem das, was in funfzig Territorien particularen Rechtens ist, im einundfunfzigsten darum noch nicht Rechtens wird. Eben darum ist es sehr nothwendig, eine Norm des gemeinen Rechts als Basis der Beurtheilung im Hintergrunde zu haben, die
2) auch vorzüglich in dem Falle höchst wohlthätig und unentbehrlich wird, weil man alsdann bey den gröstentheils so äusserst vagen Bestimmungen der Statuten eine festere Richtung ihrer interpretativen Anwendung hat.

§. 676. h.

Fortsezung.

Wir glauben durch unser bisheriges Bestreben, die Grundsäze des Rechts der Einkindschaft auch in Ansehung der Form näher zu bestimmen, wenigstens soviel

a) Consilia Tubingensia T. I. cons. 33. n. 25. cons. 54. n. 3.

viel geleistet zu haben, daß wir nicht mit Herrn Runde in den Fall gerathen, auf's Gerathewohl einige Regeln hinzuschreiben, von welchen man am Ende nicht zu sagen weißt, ob sie nur als Cautelen zu betrachten, oder ob sie wirkliche Normen und Bedingungen der Gültigkeit dieses Rechtsgeschäfts seyen. Herr Runde sagt: "Wenn durch Einkindschaft über wohl "erworbene Rechte der Vorkinder disponirt werden "soll, so ist hiezu nicht wie bey andern Erbverträgen "hinreichend, daß beyde Ehegatten denselben schliessen, "sondern es wird dazu auch die Einwilligung der vorhan"denen Kinder erfordert; und wenn diese, wie gewöhn"lich, noch unmündig sind, so müssen denselben Vor"münder bestellt, und der ganze Vertrag einer rich"terlichen Untersuchung und Bestätigung unterworfen "werden; welche auch ohnehin in den meisten Landes"ordnungen auf alle Fälle vorgeschrieben ist. Zeigt "sich hiebey eine gar zu grosse Ungleichheit des gegen"wärtigen oder noch zu hoffenden Vermögens beyder "Eltern, so ist für die Kinder des einen Theils ein "sogenanntes Voraus — Praecipuum — zu be"stimmen. Es ist auch nützlich, die nächsten Ver"wandten beyder Theile dabey zu vernehmen, weil "solches die Untersuchung desto zweckmäßiger machen "kann. Ohne die hiebey anzuwendende höch"ste Vorsicht, kann die Einkindschaft, statt Strei"tigkeiten bey der künftigen Erbfolge abzuwenden, gar "leicht eine Quelle vieler Rechtshändel werden.„

Wir fragen den Verfasser:

1) was hat er mit dem Anfangsworte Wenn bezeichnen wollen? Wollte er bedingnisweise reden, was erforderlich sey, im Fall daß über wohlerworbene Rechte der Vorkinder disponirt würde? Oder sollte dieses Wenn nur soviel besagen: weil

weil oder da in jeder Einkindschaft über wohlerworbene Rechte der Vorkinder disponirt werde, so sey erforderlich, daß u. s. w.? Der Leser mag es errathen, was der Verfasser gemeint habe! Schon der Ausdruck: wohlerworbene Rechte, hat hier eine Unbestimmtheit. Sind nemlich blos Vermögensrechte, oder überhaupt auch das Recht das jedes Kind hat, daß von seinem Vater oder Mutter für seine Erziehung und für seine ganze Existenz gesorgt werde, darunter begriffen? Offenbar muß man wenigstens das Leztere als Rechtsthesis annehmen!

2) wenn die Einkindschaft nach dem System des Herrn Runde ein blosser Erbvertrag ist, warum ist es nicht, wie bey andern Erbverträgen hinreichend, daß beyde Ehegatten denselben schliessen? darum, weil die Kinder, in soferne von Successionsrechten die Rede ist, als Mitpaciscenten betrachtet werden, für welche die Eltern nicht paciscieren können, weil hier eine mögliche Collision der Interessen Statt hat. Was soll denn aber der Saz besagen, daß es bey andern Erbverträgen hinreichend sey, wenn beyde Ehegatten denselben schliessen? dis hat offenbar keinen Sinn, denn Ehegatten sind doch nicht die einzigen Personen, welche Erbverträge unter sich abschliessen können!

Bedeutet sodann der Ausdruck: es müssen Vormünder bestellt werden, soviel, daß sie de essentia (zur Gültigkeit wesentlich erforderlich) oder blos de necessitate (rechtlich nothwendig) seyen? Was ist ferner die richterliche Untersuchung und Bestätigung? Ist sie wesentlich, oder nur nothwendig?

Wenn

Wenn wir den nachstehenden Saz damit in Verbindung stellen, daß es nüzlich sey, die nächsten Verwandten beyder Theile dabey zu vernehmen, so wird jener erstere Sinn wahrscheinlich, daß jene Förmlichkeiten wesentlich und diese leztere nur nüzlich seyen.

Aber wo steht es unbedingt geschrieben, daß sich dieses so verhalten müsse?

In der Uebereinstimmung der Statuten liegt, wie wir gesehen haben, der Beweis gar nicht. Und auf ein anderes principium cognoscendi ist Herr Runde nicht zurückgegangen.

Wir führen dieses absichtlich an, um zu zeigen, wie weit der wissenschaftliche Geist noch von einer Wissenschaft entfernt sey, in der es erlaubt ist, so mit Principien zu spielen, und Säze als allgemeine Normen eines Instituts aufzustellen, von welchem man nicht einmal anzugeben weiß, ob sie Bedingungen zur Gültigkeit des Rechtsgeschäftes, oder ob sie blosse Cautelen seyn sollen.

§. 676 i.

b) den sogenannten Voraus betreffend.

Bey Errichtung der Einkindschaft kommt immer die Succession in Frage, und zwar zwischen Eltern und Kindern, die in dieses Familienverhältnis durch Einkindschaft treten. Hier geschieht es nun, daß nicht nur zu Gunsten der Kinder ein sogenannter Voraus bestellt wird, sondern es kann auch geschehen, und geschieht nicht selten, daß der eine oder der andere Ehegatte sich einen gewissen Theil seines Vermögens Ausnahmsweise reservirt. Was nun

A) zuerst den Voraus der Kinder anbelangt, so ist es in Wahrheit höchst auffallend, wie dürftig

dieser

dieser Punct in den meisten Gesezen behandelt wird. Wir führen das so hochbelobte allgemeine Gesezbuch für die Preussischen Staaten a) an, woselbst diese ganze Sache mit folgenden Worten abgethan wird:

"Sind die Kinder noch minderjährig, so muß "das vormundschaftliche Gericht mit Zuziehung "ihres Curators prüfen: ob die Einkindschaft "und die Bedingungen des darüber geschlosse= "nen Abkommens den Kindern zuträglich sind. "Jedes der Eltern, welches schon vor= "handene Kinder in die Einkindschaft bringt, "mus denselben aus seinem alsdann besizenden "Vermögen eine gewisse Summe, auf seinen "künftigen Todesfall, zum Voraus bescheiden. "Dieser Aussatz mus wenigstens die Hälfte des "Vermögens betragen, welches von den aus= "sezenden Eltern in die neue Ehe gebracht wird.,,

Warum aber dieser Voraus aus dem eigenen Vermögen des Vaters oder der Mutter ausgeschieden werde? dis ist um so weniger erklärbar, als dem ganzen Zusammenhang nach dasjenige elterliche Vermögen, was die unirten Kinder in die Einkindschaft bringen, in dem angenommenen Erbvertrag begriffen ist, somit es weit natürlicher wäre, davon den sogenannten Aussaz abzuscheiden. Kein Wort ist übrigens darüber gesagt, was dem unirenden Vater z. B. oder auch dem natürlichen für Rechte in Beziehung auf diesen Voraus zukommen sollen, und eben so wenig sind die Rechte der Kinder an demselben bestimmt.

Noch

a) II. Th. Abschn. 17. §. 724=27.

Noch kürzer ist das Würtembergische Landrecht ausgefallen. In diesem a) wird lediglich verordnet:
"Und damit der Vernachtheilung halben um "so weniger Klagen entstehen, sollen allein ihre "gegenwärtigen pleno jure habenden, wie auch "die mit dem Eigenthum ihnen angefallenen "Haab und Güter, obschon solches mit aus-"drücklichen Worten nicht vermeldet wäre, in "den Einkindschaftsvergleichungen begriffen "und nach Gelegenheit derselben ein billiger "Voraus geschöpft werden.„

Herr Griesinger hat diesen Punkt gänzlich mit Stillschweigen übergangen, und vor ihm die andern Commentatoren auf gleiche Weise.

Wenn Wir nun zuerst die Frage beantworten sollen: worinn denn eigentlich dieser Voraus dem Begriff nach bestehe? so dürfte wohl die nächste Antwort diese seyn: daß er irgend ein Theil des Vermögens sey, welcher zu Gunsten eines (oder mehrerer) in der Einkindschaft befindlichen Kindes von der einkindschaftlichen Succession und Erbschaftstheilung ausgenommen seyn soll.

In der übrigens sehr gelehrten Abh. de unione prolium etc definirt Bened. Schmidt, (Ingolstad. 1765.) §. 15. derselben also: quod sit assignata certa quaedam quantitas pecuniaria, vel species, ut fundus etc. dissoluto secundo Matrimonio ante divisionem Bonorum cum unitis, a liberis prioris thori proecipienda.

Wir wollen darüber nicht mit ihm rechten, daß er das Object dieses praecipui nicht generisch definirt, sondern durch specificische Beyspiele ausgedrückt hat, ob

a) III. Th. IX. Tit. §. 2.

ob wir es gleich für richtiger halten, daß es ein Theil (dieser sey nun pars quanta oder quota) des Vermögens sey. Aber davon können wir uns nicht überzeugen, daß dieses Praecipuum einzig für die liberos prioris thori statt finden könne.

Wir wissen zwar wohl, daß sehr viele Statuten davon ausgehen, es solle keine Ungleichheit zum Nachtheil der bereits vorhandenen Kinder in Absicht auf das zusammen zu werfende eheliche Vermögen Statt finden, zu welchem Ende dann auch der Consens der Vormünder, der Beyrath der nächsten Verwandten u. s. w. häufig erfordert werden.

Allein wir vermögen nicht einzusehen, was es hindern sollte wenn z. B. ein sehr reicher Mann eine Wittwe mit mehreren Kindern heyrathete, der Kinder erster Ehe in die zweyte Ehe brächte, und in dem Einkindschaftsvertrag für seine vorhandenen Kinder einen Voraus von seineminferirten Vermögen ausbedänge. Es würde ein Voraus seyn so gut, als ein anderer der zu Gunsten von Kindern erster Ehe errichtet würde, und seiner Zeit kein Object der Vertheilung der einkindschaftlichen Erbschaft wäre.

Folglich halten wir uns an den Begriff, wie er durch ganz allgemeine Merkmale sich bestimmt, ohne andre veränderliche, einseitige, Merkmale in denselben aufzunehmen.

§. 676 k.

Fortsezung.

Dieser Voraus ist nun also nach einer sorgfältigen Erwägung der Vermögens- und übrigen Umstände zu bestimmen. Claproth a) hat mit brauchbarem Fleisse die Momente, die dabey in Betrachtung kommen können,

a) von freywilligen Gerichtshandlungen. §. 229.

nen, aus statutarischen Beobachtungen zusammengestellt.

"Wenn (drückt er sich hierüber aus:) nun das "gegenwärtige und zu hoffende Vermögen mit "möglichster Genauigkeit festgesezt ist, so mus "das Alter, die Anzahl der Kinder, das von den "Eltern etwa noch zu hoffen habende Vermögen, "die Früchte und Aufkünfte, auch die Kosten, "welche die Erziehung erfordern dürfte, über"schlagen werden, um, wenn alles dieses erwo"gen ist, den Betrag der Antheile mit den "Vormündern und Verwandten zu berechnen, "den sie gegenwärtig gewis haben, und den sie "nach der Wahrscheinlichkeit bekommen werden, "wenn die Einkindschaft zu Stande kommt, wo"bey denn freylich auf eine höchst mißliche Art auf "die Anzahl der aus der jezo zu vollziehenden "Ehe noch zu erwartenden Kinder beständig Rück"sicht genommen werden muß. Indessen darf hier "nicht Alles auf die Spize gestellt werden, und auf "nicht sehr unbeträchtliche Ungleichheiten kommt "es nicht an, weil das ganze Geschäfte auf Wa"gen und Gewinn hinausläuft. Wenn aber sich "ergiebt, daß die Kinder durch völlige Gleich"stellung ansehnlich an ihrem Vermögen verlie"ren würden, mus diesen soviel zum Voraus "ausgesezt werden, als dazu gehört, eine beträcht"liche Ungleichheit in's Gleiche zu bringen.„

a) Claproth erläutert das bisher gesagte durch folgendes Beyspiel.

† Paulus — Taja 30 J. alt. | † Seja — Sempronius 40 J. alt.

(A) 12. (B) 8. (C) 6. (D) 4 J. alt. | (E) 18. (F) 16 J. alt.

1) der

1) der Paulischen Kinder väterliches Vermögen beträgt . . . . 2000 Thlr.
2) deren Mütterliches . . . 1000 =
3) der Niesbrauch des väterlichen Vermögens, so zusammengeworfen werden würde, und welcher ohngefähr bey jedem Kinde im Durchschnitte bis an das 20te Jahr gerechnet wird, beträgt:
Von des A Antheil von 8 Jahren 200 Thlr.
Von B. 12 Jahren . . 300 =
Von C. von 14 Jahren . . 350 =
Von D. von 16 Jahren . . 400 =
4) Die zu hoffen habende Erbschaften F und G . . . . 1000 =

Summa 5250 Thlr.

Davon gehen ab die Erziehungskosten, welche ohngefähr folgendermassen angeschlagen sind:
A von 8 Jahren zu 4 Thlr. . 320 Thlr.
B von 12 Jahren zu 35 Thlr. 470 =
C von 14 Jahren zu 30 Thlr. 420 =
D von 16 Jahren zu 25 Thlr 400 =

Summa 1610 Thlr.

von obigen abgezogen bleibt 3640 =
diese in 4 Theile gesezt, beträgt 910 =

1) der Sempronischen Kinder mütterliche Handlung . . 1500 Thlr.
2) väterliches Vermögen . . 600 =
3) die von der Mutter herrührende Handlung bleibt bis in das 24ste Jahr des ältesten Sohnes in gemeinschaftliche Verwaltung, hernach fällt sie den Kindern erster Ehe allein zu Selbige bringt nach der aus den Handlungsbüchern gezogenen Berechnung im leidlichsten Durchschnitt jährlich 300 Thlr. ein, also in 6 Jahren . 1800 Thlr.

Summa 3900 Thlr.

davon

Davon gehen ab die Erziehungskosten welche nachstehendermassen nach billigem Ermessen angeschlagen sind:		
E von 6 Jahren zu 50 Thlr. .	300	Thlr.
F von 4 Jahren zu 40 Thlr. .	120	=
Summa	420	Thlr.
von obigen abgezogen, bleibt	3480	=
diese in 2 Theile gesezt, beträgt	1740	Thlr.

Wenn nun nach Abzug der Erziehungskosten der reine zusammenzuwerfende Ueberschuß des beyderseitigen Vermögens zusammengezogen wird, so macht solches 7120 Thlr. Hierinn mit der Zahl der beyderseitigen zusammen zu bringenden Kinder 6 dividirt, beträgt der 6te oder Kindestheil $1186\frac{2}{3}$ Thlr., und würde demnach ein jedes der Paulischen Kinder $276\frac{2}{3}$ Thlr. mehr als seinen Erbtheil bekommen, hingegen die Semproni schen Kinder jeder $553\frac{1}{3}$ Thlr. verlieren. Ein jeder von diesen müste also, ausser der mütterlichen Handlung noch einen Voraus (praecipuum) von etwa 500 Thlrn. haben und das übrige gleich vertheilet werden. Wäre etwa E oder F von sehr schwächlicher Gesundheit, so müßte sich der andere noch einen stärkern Voraus bestellen lassen, weil er sonst eine Erbschaft, die er nur würde mit dem Vater Sempronius getheilt haben, nunmehro mit diesem und A, B, C, D theilen muß. In dieser Berechnung sind die Aufkünfte sowohl vom väterlichen als mütterlichen nicht angeschlagen, weil man selbige auf die Ehestandsbürden gerechnet hat. Sind die Aufkünfte stärker, so mus wenigstens der ungefährliche Ueberschuß in Anschlag kommen. Ferner ist die Nahrung des Vaters hier aus eben der Ursache, und weil er die mütterliche Handlung fortgesezet, in keine Betrachtung gezogen, welches unter andern Umständen

ebenfalls würde geschehen müssen. Indessen ist die bis dahin gezogene Verhältnis blos auf die schon vorhandene Kinder gerichtet. Da aber Caja erst 30, und Sempronius nur 40 Jahre alt ist, so kann man annehmen, daß sie noch 4 Kinder mit einander zeugen, und alsdann mus, um den Voraus (praecipuum) zu bestimmen, ein ganzer Ueberschlag gemacht werden. Die Paulischen Kinder haben weiter nichts als die 1000 Thlr. an Mütterlichem Nro. 2. mit den nachher erfolgenden Kindern zu theilen. Die Sempronischen Kinder müssen mit ihnen die 600 Thlr. Väterliches Nro. 2, die 1800 Thlr. Erwerb Nro. 3, und was sonst zur Zeit des Todes an Errungenschaft sich findet, theilen. Weil nun aber die Anzahl der annoch erfolgenden Kinder ungewis ist, so würde es am sichersten auf diese Weise bestimmt werden können: die Paulischen geben ihren künftigen Halbgeschwistern (fratribus uterinis) von 1000 Thlrn. (oder etwas mehr) ihren Antheil nach der Häupter Zahl. Die Sempronischen Kinder hingegen geben ihren künftigen Halbgeschwistern (fratribus consanguineis), wenn sie das Mütterliche zu 1500 Thlr. vorausgenommen, die Paulischen Kinder auch 3640 bekommen, von allem übrigen Nachlasse Kindes-Theil.

§. 676. l.

Fortsezung.

Welches sind nun aber die Rechte des Kindes auf seinen Voraus, und welches die Rechte der Eltern oder der unirten Geschwister?

Wir müssen bey Beantwortung dieser Frag eunterscheiden.

Ist die Einkindschaft innerhalb der Gränzen eines reinen pacti successorii stehen geblieben, ohne daß da-

dadurch den unirenden Eltern über das angenommene Kind elterliche Gewalt eingeräumt worden wäre, so bleibt ein um der Gleichheit willen etwa doch bestellter Voraus zuförderst von der einkindschaftlichen Succession ausgenommen. Weder angenommene Eltern noch unirte Geschwister, (wenn diese auch je nach dem besonderen Statut einander succediren!) haben eine rechtliche Ansprache daran. Der Voraus bleibt der gesezlichen Erbfolge, gleich als eine eigene universitas jurium unterworfen, oder der testamentarischen Disposition des Kindes, für welches derselbe ausgesezt ist, überlassen; vorausgesezt, daß derjenige, zu dessen Vortheil der Voraus bestellt ist, die persönliche Fähigkeit zu testiren habe, und hieran durch die Gewalt des Vaters, unter der er sich befindet, nicht verhindert werde.

In Ansehung der elterlichen Rechte kann, wenn die Einkindschaft mehr nicht, als ein Erbvertrag ist, kein Zweifel entstehen. Die angenommenen Eltern erhalten keines über den Voraus des unirten Kindes. Die Rechte des leiblichen Vaters oder der leiblichen Mutter bleiben dieselbe wie zuvor, nur ist dieser Voraus, wenn ihn auch das Kind aus dem Vermögen seines leiblichen Vaters erhalten hätte, kein solches peculium profectitium, über welches der Vater nach Willkühr inter vivos oder mortis causa disponiren konnte, denn die Rechte des Kindes sind Vertragsrechte.

§. 676. m.

Fortsezung.

Ist aber die Einkindschaft ein solches Verhältnis, wodurch eine wahre Annahme an Kindesstatt mit Rechten elterlicher Gewalt bewirkt worden wäre, so können wir uns dennoch, zumalen wenn der Voraus

einem Kinde erster Ehe aus dem ihm z. B. von der verstorbenen Mutter angefallenen Erbschaftsantheil bestellt worden seyn sollte, dennoch davon nicht überzeugen, daß der Vater eine solche Gewalt darüber erhalte, wie über sein eigenes Vermögen.

Der Voraus bleibt dem Kinde, und wenn wir auch nicht gerade die Analogie urgiren wollen, welche von einem Erbschaftsantheil hergeleitet werden könnte, den ein filius familias zugleich mit seinem Vater von seinem frater germanus erhalten hat, und der zu seinem peculium adventium irregulare gehört a) weil Ausnahmen keine ausdehnende Interpretation zu lassen, so ist doch wenigstens ein solcher Voraus nach den Grundsätzen des peculii adventitii regularis zu beurtheilen.

Wenn aber nach besonderem Recht ususfructus parentum juris germanici über das Vermögen der Kinder eintritt, so wird allerdings auch dieser Voraus, den ein Kind aus der ihm angefallenen väterlichen oder mütterlichen Erbschaft erhält, ein Gegenstand der niesbräuchlichen Verwaltung seyn, welche immer mit der Verpflichtung verbunden ist, den Aufwand, den die administratorische Sorge für diese res fructuarias erfordert, aus dem Seinigen zu bestreiten.

Sollte die Einkindschaft eine Art von gemischtem Institut zwischen Erbvertrag und Adoption seyn, wobey immer administratorische Rechte des erworbenen Vaters und ein gemeinschaftliches häusliches Familienverhältnis entsteht, so wird auch hier die Testamentifaction des angenommenen Kindes beschränkt seyn, der erworbene Vater gleichfalls in die Rechtsverhältnisse des peculii adventitii regularis in Beziehung zu dem Voraus, der dem Kinde aus der ihm angefallenen mütterlichen Erbschaft abgeschieden wurde, eintreten.

a) Nov. 118. c. 2. Hofacker in princ. jur. civ. rom. german. §. 587.

treten. Ist der ususfructus parentalis juris germanici nach dem Statut eingeführt, so würden wir kein Bedenken tragen, die nemlichen Grundsäze anzuwenden, welche wir bey einer einkindschaftlichen Adoption in dieser Beziehung aufgestellt haben, da sie doch eigentlich aus dem Verhältnis eines zwischen den unirenden Eltern und Kindern gemeinschaftlich gewordenen status familiae hervorgehen.

Ohne unser Erinnern ist es übrigens klar, daß wenn eines der Eltern aus seinem Vermögen seinem Kinde einen Voraus verschaft hat, dieser Voraus in der Gewalt seines Stifters bleibe, obgleich in der Beschränkung, daß er dem Kinde nicht willkührlich entzogen werden kann.

§. 676. n.

Ausnahme, sogenanntes reservatum der Eltern.

Wenn aber unter Eheleuten

B) bey Errichtung einer Einkindschaft der eine oder der andere (oder auch wohl beyde Theile, denn auch dieser Fall läßt sich gedenken!) jeder sich selbst einen Theil seiner Güter zu freyer Disposition vorbehält, so wird dieser Vorbehalt im Gegensaz gegen den Voraus das Reservatum oder auch die Ausnahme genannt. Jeder Ehegatte disponirt nun über diesen seinen Vorbehalt, und kann darüber so weit disponiren, als er weder gegen die Verordnung der L. 6. C. de secundis nuptiis noch gegen die Rechte des Pflichttheils anstößt.

§. 676. o.

Wirkungen der Einkindschaft.

Wenn nun aber davon die Frage ist, welches die rechtliche Wirkungen der Einkindschaft seyen? so ist

die

die erste allgemeine Wirkung diese, daß Successionsrechte begründet und Stiefkinder in die Stelle rechter Kinder gesezt werden (§. 676. d.)

Die Bedeutung, in welcher diese beyden Säze genommen werden müssen, hängt leicht begreiflicher Weise von der näheren Bestimmung ab, welche eine solche Einkindschaft nach dem Statut oder der individuellen Abrede erhalten kann.

Erbrechte sollen begründet werden. Es sey nun, daß nach dem Statut allgemeine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten Statt finde, oder nur die sogenannte Communio particularis des Acquästs, so muß immer angenommen werden, daß zwischen dem Vater oder der Mutter, die eine Einkindschaft errichtet, und mit ihren Kindern erster Ehe keine reelle Vermögensabtheilung getroffen haben, das eheliche Vermögen der vorigen Ehe (mit Ausnahme des Praecipui so wie des reservati!) in die Masse des gesammten ehelichen Vermögens dieser Ehe eingeworfen werde. Und dieses ist leicht begreiflicher Weise für beyde Ehegatten und ihre gegenseitigen Vorkinder wechselseitig. Es entsteht ein eheliches Vermögen dieser Eheleute, oder es wird selbst alsdann, wenn z. B. durch eine blosse Convention Stiefgeschwister unter sich übereinkommen, eine Einkindschaft unter sich anzunehmen, wenigstens so angenommen. Die Vertheilung der Erbschaft geschieht, wenn die Ehe durch den Tod getrennt wird, und die unirten Kinder nicht in der bisherigen Verbindung mit dem überlebenden Ehegatten verbleiben, a) nach den Grundsäzen, welche entweder

a) wo sodann wenigstens eine Eventualabtheilung geschehen muß!

weder durch die besondere Abrede festgesezt sind, oder welche statutarisch Statt finden, es sey nun, daß das Statut einen ganz besonderen Modus bestimme, oder daß es von den Grundzügen ausgehe, welche durch die Natur der allgemeinen oder besonderen ehelichen Gütergemeinschaft vorgezeichnet sind.

Stirbt aber ein in der Einkindschaft begriffenes Kind während der Einkindschaft, so mus hier doch, obgleich das Vermögen der Vorkinder gleich als das Illatum seines Vaters oder seiner Mutter betrachtet wird, eine Rücksicht auf den unirenden Ehegatten genommen werden.

Wenn nemlich blos gesagt werden wollte, es bleibe bey dem Tode eines solchen Kindes alles in dem nemlichen Zustande, wie wann in einer gewöhnlichen Ehe eines der Kinder stirbt, weil das Kind bey Lebzeiten seiner Eltern ja eigentlich noch nichts hat, (sein Peculium etwa ausgenommen!) und folglich auch nichts zum erben hinterläßt: so würde die Idee des wechselsweisen Erbrechts für den angenommenen Vater oder Mutter verloren gehen.

Es müßte demnach in diesem Fall die Rücksicht darauf genommen werden: was denn eigentlich von dem Vermögen dieses verstorbenen Vorkindes in die einkindschaftliche Ehe gekommen sey?

Erörtert kann dieses gar leicht werden, weil keine Einkindschaft in einem solchen Fall ohne eine vorgenommene Inventur aufgerichtet wird.

Nun wäre sodann die Folge, daß dem einkindschaftlichen Vater oder Mutter sein Erbtheil berechnet werden müßte, er concurrirte dabey mit dem leiblichen Vater oder Mutter und mit den leiblichen Geschwistern des verstorbenen Vorkindes.

Diese Bemerkung darf unseres Erachtens schlechterdings nicht übersehen werden, weil sonst die Wechsel-

selseitigkeit des Erbrechts, welche dadurch entsteht, daß die Stiefkinder in Rüksicht auf Succession rechte Kinder werden, vernichtet und die allgemeinste Grundlage des Instituts aufgehoben würde.

Aber diese unirte Kinder treten nur in die Stelle rechter Kinder. Es entsteht also an sich durch die Einkindschaft kein Recht dieser zusammengebrachten Kinder auf ihre wechselseitige Succession, sie ist, wie Bardili a) sagt, Einkindschaft nicht Einbrüderschaft.

Indessen ist es nicht zu wiedersprechen, daß eine solche Verordnung im individuellen Falle wirklich abgeredet werden könne. Dieselbe ist nur nicht in der Natur oder in der wesentlichen allgemeinsten Form des Instituts enthalten, sondern in der Theorie gedacht ein wahres Accidentale.

Selbst alsdann, wenn es in einzelnen Particulargesezen verordnet ist, so ist es blos eine Erweiterung des Instituts, wodurch der ursprüngliche Begriff nicht aufgehoben, sondern blos modificirt wird. Und höchstens würden wir alsdann, wenn nach dem Statut die Einkindschaft eine wahre Arrogation wäre, zugeben, daß solche unirte Geschwister sich dadurch gleichsam agnascirt und zur wechseitigen Succession berufen seyen b). Aber das Statut müßte väterliche Gewalt, wahre Filiationsrechte als Wirkungen einer solchen Einkindschaft aufstellen, und dann würde hierinn eine analogische Anwendung des römischen Rechts bey dieser besonderen Art der Einkindschaft eintreten, wodurch jedoch der Gattungsbegriff, der Stiefkinder in ein Verhältnis rechter Kinder sezt, keineswegs aufgehoben würde.

§. 676.

a) de unione prolium. th. 37.

b) Lauterbach coll. theor. pract. lib. 38. tit. 17. §. 39.

§. 676. p.

Fortsezung.

Dis wären somit die allgemeinsten Grundzüge der einkindschaftlichen Succession, die, wann sie nicht durch besondere individuelle Verabredung eigenthümliche Bestimmungen erhalten hat, auf allgemeine Grundsäze reducirt werden mus.

Hier kann man nun aber schlechterdings nicht sagen, daß es eine eigene individuelle und zugleich durchaus allgemein zutreffende Successionsordnung für die Einkindschaft gebe. Sondern es mus vielmehr als Regel der Beurtheilung angenommen werden, daß die statutarischen Geseze, wo sie keinen besonderen modus für die Succession bestimmen, auch die einkindschaftliche Succession an die als Regel von ihnen eingeführte Successionsweise anreyhen, die entweder nach den Grundsäzen der allgemeinen Gütergemeinschaft, oder der Gemeinschaft des Acquästs, oder des gemeinen Rechts sich richtet. Nur ist natürlicher Weise die Fiction, daß Stiefkinder in ein Verhältnis rechter Kinder den Stiefeltern gegenüber durch die Einkindschaftserrichtung gesezt werden, nicht zu übersehen, und die Anwendbarkeit auch des römischen Rechts, positis terminis habilibus zu verstehen, so weit sie nemlich mit dem wechselseitig festgesezten Erbrecht vereinbar ist.

Aus der sehr gewöhnlichen Ansicht der Sache, nach welcher jeder Schriftsteller diese oder jene Successionsart als die richtige erkennt, und alle andern derselben entgegenstehenden Beyspiele als ausser seiner Regel liegend über den Haufen wirft, geht die Unbestimmtheit dieser Theorieen in natürlicher Folge hervor. Aber ebendarum ist auch keine Gleichförmigkeit in den Grundsäzen dieser Schriftsteller, die entweder an besonderen Regeln hängen bleiben, welche sie

sich

sich Statt allgemeiner Normen sezen, oder aber wenn sie höher hinauf in's Allgemeine steigen, weil sie dieses Allgemeine für alle species unmittelbar entscheidend ausdrücken wollen, etwas ganz Unbestimmtes und eben darum Unzureichendes an die Hand geben.

So stellt Ryck ab Arweiler a), der zu jener ersteren Classe gehört, um nur eines Beyspiels zu erwähnen, ob er gleich die Einkindschaft nicht so recht mit der Arrogation oder Adoption zusammenreimen konnte, dennoch in Absicht auf die Succession der Geschwister folgenden Grundsaz auf:

> Omnes liberi, quos vel habent, vel sequenti tempore suscepturi sunt (parentes unientes) tales censebuntur, proque iis iudicabuntur, perinde atque si ex his ipsis parentibus progeniti essent: ad similitudinem L. 5. C. de adopt. quaestionis esse potest, an haec verba generalia efficiant, ut non solum jura filiationis et parentelae inter vitricum seu novercam assumptos parentes, istosque filios et vice versa, militent aut locum habeant, sed etiam inter hinc inde fratres cooptatos seu fictos. ita ut et hi invicem succedant, mutuisque confraternitatis officiis prosequi Semet teneantur, adeo ut quibus in jure casibus fratris in causa fratris testimonium prohibetur, unitus etiam frater sit prohibitus; item quibus casibus germanus frater, turpi persona instituta, fratris testamentum per querelam inofficiosi expugnare et in irritum deducere potest, iisdem hoc ficititius seu receptitius frater possit.

Unsern

a) c. VI. n. 45.

Unsern Lesern wird es gewis nicht ganz leicht werden, was Joh. Hartw. Reuter a) sagt, zu verstehen:

Successio uniti proprii vel universa consideratur, ut perinde sit, quo jure (ab intestato, testamento, pacto) deferatur, dum ex omni capite deferri possit, vel non. Priori casu unio prolium universalis, posteriori vero particularis audit.

Und doch liegt vielleicht in dieser Stelle ein richtigerer, freylich nicht deutlich genug entwickelter Sinn, als in vielen andern Schriften, die von der einkindschaftlichen Succession handeln, daß sie nemlich nicht von einerley Art sey, sondern an verschiedene Successionsnormen denkbar möglicher Weise sich anschliessen.

Herr Runde läßt sich über die ganze Frage gar nicht heraus. Hofacker b) stellt hingegen die ganz allgemeine Norm auf:

ut I) liberi uniti tam patri quam matri adscititiis succedant, atque in ea successione communis bonorum massa, quae ex collatis bonis tum parentum tum liberorum confecta est, aequis portionibus dividatur. Sed et II) parentes adsumti in bona a liberis adscititiis in communionem illata tam soli quam cum fratribus, neutiquam vero III) liberi uniti sibi invicem succedunt, nisi expresse pacto unionis ita statutum fuerit.

Hier bleibt nun offenbar der gewis nicht ungegründete Zweifel übrig: wenn denn also Alles in die ein-

a) de jure testandi unientibus post initam unionem prolium competente, causisque quare non ubique unio prolium frequens, sublatis Hal. 1750. §. 16.

b) in princ. iur. rom. germ. §. 612.

einkindschaftliche Ehe inferirte Vermögen, es sey elterliches oder kindliches Eine Masse ist, wie wird es alsdann mit der Succession gehalten, wenn z. B. eines der Kinder stirbt? Dieses Kind soll nun also von seinem angenommenen Vater oder Mutter zugleich mit seinen leiblichen Geschwistern beerbt werden? Warum denn nicht auch von seinem leiblichen Vater oder Mutter? Offenbar ist hier alles unbestimmt. Es scheint nicht undeutlich, der Verfasser wolle, daß das, was ein solches Kind in die Einkindschaftsmasse von dem Seinigen gebraucht habe, vertheilt werden solle. Wie reimt sich aber das mit der communis massa, die vertheilt werden soll? Und warum wird denn des leiblichen Vaters oder Mutter nicht erwähnt, die doch gewis auch Successionsrechte haben?

Puffendorf a) giebt zur Beantwortung der Frage: wie dann succedirt werde? eine Prämisse an, in der er mit Hofacker zusammentrift. In Ansehung der Conclusion, die ihm vorschweben mochte, hält er sich an Autoritäten und an ein praktisches Beyspiel.

Omnino dicendum est, bona novi parentis et liberorum, quae a defuncto parente habent, in commune conferri, gratia novae societatis domesticae, ut parentes et liberi adsciti bona sua inter se communicent, et communionem bonorum inter se habeant. Quo facto revera bona utrimque collata confunduntur, totius quoque massae gubernatio ad patrem siue verum sive fictum pertinet. Nam ita profecto ex ratione novae societatis domesticae utique dicendum est. Quam in rem Musculus de succ. convent. et anom. Cl. I. Membr. 3. n. 132. scribit. Commu-

a) Obs. 200. §. 12.

municantur ea, quae ex successione paterna vel materna filiis sunt acquisita. Similiter fere Eichel de unione prol. §. 78. Idem ex formula apud Musculum intelligitur:

Und erstlich ist abgeredt, beschlossen und verwilligt worden, dieweil mehr besagte Kinder voriger Ehe N und N ein Ansehnliches von ihrem Vater herrührend ererbt, das ihnen zum Voraus eigenthümlich seyn und bleiben, auch sobald sich deren eins verheyrathen wird, ihm von besagtem N und N seiner Hausfrauen als der Mutter, N Gülden ꝛc. eingeräumt und zugestalt werden sollen.

Folgendes aber zum andern so sollen alle und jede aus voriger Ehe berührende, liegende und fahrende Güter, sie seyn väterlich oder mütterlich, desgleichen alle diejenigen, so N in diese Ehe bringt, oder in währender dieser Ehe durch beyde Eheleute ererbt oder errungen und gewonnen werden mögen, keine ausgenommen, auf den Fall eines Ehegemächts Absterbens sich das Lebend wieder verändern würde, zusammengeworfen und unter das überlebend Ehegemächt und vorhandene Kinder in die Häupter gleichlich vertheilet, und jedem sein Theil eigenthümlich zugestalt, jedoch ob es Sache wäre, daß das Leztlebend den Wittwenstuhl unverrükt hielte, demselben die Zeit seines Lebens der Beseß gegen gebührliche Niessungs=Caution gelassen werden.

Sam. Stryck de succ: ab intestato diss. 8. c. 6. §. 17. Hanc in rem ita scribit: Hoc pactum dubio procul bona unientium afficit, et quidem in tantum, ut liberis per uni-

unionem proprietas illorum adimatur, bonaque cum aliis confundantur, quae parentes ipsi habent, in eamque conditionem veniunt. ac Si utrinque parentes nationales in vivis essent. Cf. Struv. de un. prol. C. 3. §. 5. bonorum inducitur vi unionis confusio.

Wenn das Alles sich rein so verhielte, wenn das von den Vorkindern eingebrachte Vermögen rein elterliches Vermögen der unirenden Eltern würde, so wäre also, insoferne ein solches unirtes Vorkind während der Ehe stürbe, von einem Erbrecht für den angeheyratheten Vater oder Mutter und von einem privativen Erbrecht der leiblichen Geschwister mit Ausschluß der unirten nicht die Frage, welches jedoch Niemand zu behaupten sich getrauen wird, wenn er bedenkt, daß ein solches Kind durch sein eingeworfenes eigenes Vermögen in ein wechselseitiges Erbrecht mit dem angenommenen Vater oder Mutter getreten ist.

Es bleibt daher unseres Ermessens nichts anderes übrig, als zu behaupten: die einkindschaftliche Succession ist an sich keine eigenthümliche. Sie reyht sich, wenn die Einkindschaft durch den Tod des einen oder des andern Ehegatten getrennt wird, und nichts besonderes ausgemacht worden, an die statutarische oder gesezliche Form der Succession an. Stirbt aber eines der Vorkinder, das bereits eigenes Vermögen in die eheliche Masse der unirenden Eltern eingebracht hat, so mus dieses von jenem ehlichen Vermögen der Eltern geschieden, und dem unirten Vater oder Mutter mit dem leiblichen und mit den leiblichen Geschwistern sein Antheil daran zugeschieden werden.

Nur

Nur so können wir es uns erklären, daß die Statuten den Punct der eigentlichen Succession zum Theil gar nicht berühren, oder nur Beziehungsweise, wie z. B. das Würtembergische Landrecht §. 11. (Tit. 9. P. III.) wo es eben heißt, nach dem Tode des einen oder des andern Ehegatten müsse die Verlassenschaft nach Maasgabe des Landrechts oder auf andere, zuvor ausdrüklich verglichene Maase vertheilt werden. Auch der sonsten so gelehrte und ausführliche Commentar des Herrn D. Griesinger geht ganz kurz über die Sache hinweg mit den Worten: daß einem jeden Kinde seine Portion an der einkindschaftlichen Vermögensmasse ipso jure zufalle. Welches aber die Portion sey, und worinn die zu vertheilende Masse bestehe? darüber so wie über das Erbrecht der unirten Eltern hat er sich weiter nicht erklärt. Tafinger a) hat die beyden Fragen von der Succession, wenn ein Kind während der Einkindschaft stirbt, und wenn eines der Eheleute stirbt, auch nicht genau gesichtet.

In dem leztern Fall behauptet er, "müsse das "ganze gemeinschaftliche Vermögen in eben so viele "Theile, als die sämmtlichen Kinder mit dem überlebenden Ehegemahl Personen ausmachen, zu vertheilen, und jedem Stiefkind der seine herauszugeben seyn."

Jenen Fall aber von einer Succession nach dem Tode eines Kindes denkt er sich, wie es scheint, nur alsdann möglich, wenn schon ein Ehegatte gestorben ist. Denn er sagt §. 38. "durch den Tod des einen "der unirenden Eltern erhält das einkindschaftliche Erbrecht erst seine Wirkung. "Alsdann wird einem jeden Kind sein Antheil an dem "gemein-

a) über die Lehre von der Einkindschaft. §. 37.

"gemeinschaftlichen Vermögen als angefallen angese-"hen, und öfters durch Eventualabtheilungen festge-"sezt a). In Absicht auf denselben sind also die "Kinder von einander abgesondert, und nur mit ihrem "Stiefvater oder Stiefmutter sind sie noch in Ver-"bindung, weil die Gemeinschaft des "Vermögens, auf deren Fortsezung auch "die Fortdauer der Einkindschaft beruht, "unter ihnen noch nicht durch eine Real-"abtheilung aufgehoben ist.

Offenbar ist hier der Fall übersehen, wenn ein Vorkind während der Einkindschaft stirbt. Durch die Wechselseitigkeit des Erbrechts soll der Stiefvater oder die Stiefmutter von seinem Kinde erben, aber nur mit dessen rechten Geschwistern. Wenn nun aber ein solches Vorkind ein beträchtliches Erbe von seinem verstorbenen Vater oder Mutter in die Ehe inferirt hätte, und dieses wäre ohne alle Einschränkung ganz in der Masse des einkindschaftlichen Vermögens untergegangen, so wäre die Folge davon, daß wenn jenes Kind stürbe, und sein illatum nicht besonders vererbt sondern es vielmehr so gehalten würde, als ob in einer gewöhnlichen andern Ehe ein Kind vor den Eltern stürbe, das weiter kein eigenes Vermögen hätte — so wäre, sagen wir, die unmittelbare Folge davon, daß indirect die Stiefgeschwister von demselben erbten, weil die einkindschaftliche Masse für

a) in der Note 6. S. 87. sezt er ganz offen hinzu: "daß "dieses öfters geschehen, haben mich der Sache kun-"dige Männer versichert. Ich hätte sehr gewünscht, "mich aus einem wirklichen Beyspiel einer solchen "Eventual- sowohl als Real-Abtheilung belehren zu "können, allein es wollte mir nicht gelingen, eine von "Beyden zu Gesicht zu bekommen."

für sie grösser würde, in je weniger Theile sie nach dem Tode eines der Eltern zerfiele.

Es mag immerhin seyn, daß in manchen Statuten oder besonderen Einkindschaftsberedungen die Grundlage angenommen wird, als ob es so gehalten werden müsse, daß alles von den Eltern und den Vorkindern inferirte Vermögen ehliches Vermögen der Eltern werde, und daß, wenn vor dem Tode der unirenden Eltern eines der Vorkinder stürbe, es eben gerade so gehalten würde, als ob sonsten ein leibliches Kind aus dem elterlichen Hause hinwegstürbe, und daß eigentlich von der Succession nur die Frage seyn könne

a) für die Kinder nach dem Tode eines der Eltern,

b) für den unirten Vater oder Mutter nach dem Tode des andern Ehegatten in dem Erbtheil, der seinem angenommenen Kinde ipso jure und durch die Eventualabtheilung zugefallen ist, wenn zwischen jenem Stiefvater oder Stiefmutter und jenem angenommenen, nun verstorbenen, Kinde noch keine Realabtheilung erfolgt, und die Gemeinschaft noch nicht aufgehoben ist. Aber den Zweifel können wir uns beseitigen, daß auf diese Weise die Stiefgeschwister, wenn während der einkindschaftlichen Ehe ihr angenommener Bruder stürbe, und von einer Beerbung in dessen illatum nicht die Frage wäre, wahrhaft und gemeinschaftlich mit dem Stiefvater desselben succedirten, von dem sie doch so sehr in Absicht auf diese Succession unterschieden sind.

§. 676. q.

Fortsezung.

Das Resultat von allem diesem geht dahin. Man kann nicht sagen, daß es nur eine constante Norm der einkindschaftlichen Succession gebe.

Zuerst wird alles auf die individuelle Abrede ankommen. Muß diese selbst, weil sie dunkel oder unvollständig ist, durch hermenevtische Regeln bey eintretender Rechtsbeurtheilung ergänzt werden, so ist zu beobachten, ob sie sich durch erkennbare Affinitäten an die zulezt genannte Form einer zu gleichen Theilen unter Stiefeltern und Stiefkinder zu vertheilenden gemeinschaftlichen Vermögensmasse anschliesse, welches alsdann weit eher anzunehmen seyn dürfte, wenn in der Abrede auch eine Succession der Dichter unter sich aufgestellt würde, weil in diesem Falle der Hauptstein des Anstosses, die Unterscheidung der Stiefgeschwister vom Stiefvater, von selbst beseitiget wäre.

Finden sich aber in der Einkindschaftsberedung keine nähere Daten, um dieses oder jenes anzunehmen, so reyht sich im Zweifel die Succession an die gesezliche, und zwar zunächst an die Formen der statutarischen an. Nur darf unseres Ermessens nicht vergessen werden, daß es eine Succession unter Stiefeltern und Stiefkindern nicht unter Stiefgeschwistern, und daß diese Succession eine wechselseitige ist, die ein wechselsweises ius quaesitum für angenommene Kinder und Eltern begründet. Ist die statutarische Form die der allgemeinen Gütergemeinschaft, so wird zwar wenn einer der unirenden Ehegatten stirbt, die Masse des gemeinsamen ehelichen Vermögens nach den Bestimmungen, welche diese mit sich bringt, vererbt. Umgekehrt aber wird, wenn ein Vorkind stirbt, sein in die Einkindschaft eingeworfenes Vermögen rückwärtswiederum eine abgesonderte Verlassenschaft, an welcher der unirende Vater oder Mutter, der leibliche ohnehin an und für sich! und die leiblichen Geschwister Theil nehmen.

Ist

Ist communio acquaestus vorhanden, so wird, so lange die Ehe dauert, ein eheliches Vermögen auf gleiche Weise seyn, nach getrennter Ehe aber, wenn es zur Theilung kommt, ohnehin nur der gemeinschaftliche Acquäst vertheilt. Hieran bekommt nun das unirte Kind auch seinen Kindstheil. Umgekehrt aber, wenn ein solches Vorkind stirbt, so erbt an demjenigen, was es in die Einkindschaft eingebracht hat, der angenommene Vater oder die Mutter auch seinen Theil wie der leibliche und wie die leiblichen Geschwister.

Wir können uns sogar eine Successio juris communis denken, in Absicht auf die Art der Vertheilung der wechselseitigen Erbschaft. Das angenommene Kind succedirt dem unirenden Vater zugleich mit den leiblichen Kindern desselben; und eben so der unirende Vater seinen Kindern. Nur der Zusaz müßte hinzugedacht werden, den die Form der Einkindschaft mit sich brächte, daß auch der überlebende Ehegatte ein caput bey der Succession des Verstorbenen mitausmachte, weil sonst die nothwendige Wechselseitigkeit des elterlichen und kindlichen Verhältnisses unter wechselsweise angenommene Stiefeltern und Stiefkindern damit nicht vereinbar wäre.

§. 676. r.

Fortsezung.

Diese Grundsäze der Succession sind als allgemeine des Instituts anzusehen, insofern nemlich die Einkindschaft immer Erbrecht zum Gegenstande hat, und Stiefkinder in ein Verhältnis rechter Kinder sezt. Und nur da könnte eine Verschiedenheit entstehen, wenn nemlich eine solche Einkindschaft verabredet oder statutarisch vorhanden wäre, welche

wahre elterliche Gewalt und Filiationsrechte begründete, weil alsdann die arrogirenden Eltern das Recht erhielten, das Vermögen ihrer angenommenen Vorkinder mit ausgedehnterer Wirkung als ihr ehliches Vermögen anzusehen.

Eine weitere Folge davon dürfte seyn, daß die Stiefgeschwister auch unter sich ein Successionsrecht erhalten könnten, weil sie durch die in der Einkindschaft enthaltene Arrogation sich wechselsweise (durante unione) agnascirt wären.

Auch könnte alsdann ein Recht der Enterbung ex justa causa Statt finden; nur müßte auch hier wiederum in Betrachtung kommen, daß es gegen alle Begriffe eines wechselseitigen Erbrechts stritte, wenn der angenommene Vater seinen Dichter von demjenigen ausschliessen könnte, was er doch eigentlich in die Masse des ehlichen Vermögens herein von ihm erhalten hat und (als Erbe desselben) noch erhalten will. Sollte ja doch selbst der arrogirte impubes und selbst sein gesezlicher Erbe auf jeden Fall nach dem römischen Recht dem pater arrogator gegenüber in Ansehung seines Vermögens gegen willkührliche Exheredation und Emancipation gesichert seyn! a) Eine Verordnung, deren Analogie hieher um so anwendbarer seyn dürfte, da sie das Verhältnis zeigt, in welchem selbst nach römischen Recht der Pater arrogator zu dem Vermögen eines solchen Kindes stand, das denn doch, ob es gleich als das seinige angesehen wurde, weil auch der Sohn sein war, nichtsdestoweniger nicht unbedingt und in allen Beziehungen als solches betrachtet wurde, sondern nach getrennter Arrogation als etwas für sich bestehendes gleichsam wieder hervortrat.

Ist

a) Hofacker princ. jur. civ. rom. german. §. 607.

Ist aber ein solches angenommenes Kind sine justa causa enterbt, so würde dasselbe

a) wenn es noch impubes ist, nicht nur sein eigenes Vermögen, sondern auch die sogenannte quartam Divii Pii von den Erben des Patris arrogatoris fordern können. a)

b) Hätte es aber bereits die Jahre der Pubertät zurükgelegt, so steht ihm die querela inofficiosi testamenti gleich einem arrogirten Kinde zu.

Aber hier könnte nun auch noch die Frage entstehen: welches denn die Quantität des Pflichttheils wäre, den ein solches Kind zu fordern hätte, und wodurch die querela inofficiosi testamenti ausgeschlossen würde?

Wir antworten: der arrogirte impubes ist durch die quarta Divii Pii gedekt, welches etwas ganz anderes als der Pflichttheil ist, ob sie gleich in diesem Falle die Stelle des Pflichttheils vertritt b). Der enterbte pubes arrogatus fordert den Pflichttheil c).

Und wenn nun ein solches angenommenes Kind die querelam inofficiosi tessamenti anstellen will, wenn es um Rescission des Testaments und um Erklärung als Erbe oder Miterbe des annehmenden Vaters bittet, so kann das petitum nicht anders als dahin gehen, unter Rescission des inofficiosen Testaments den klagenden Theil als Erben, der einkindschaftlichen Abrede gemäs, zu erklären.

§. 676.

a) L. 22. §. D. de adopt.

b) Vergl. Hofacker pr. iur. civ. rom. germ. §. 604. und die das. all. aa.

a) Hofacker l. c. §. 1693.

§. 676. s.

Fortsezung.

Ist aber die Einkindschaft ein Institut, das aus Erbvertrag und Adoption gemischt ist, und in einer häuslichen Verbindung zugleich mit wechselsweisen Erbrecht zwischen angenommenen Eltern und Kindern besteht, so kann von einem Recht der Enterbung auf Seiten solcher Eltern leicht begreiflicher Weise nicht die Frage seyn.

Merkwürdig hingegen ist die Frage, welche die Statuten ungleich beantworten: wie es mit dem Erbrecht zu halten sey, wenn

a) entweder anfänglich wechselseitig zusammengebrachte Kinder vorhanden waren, aber zur Zeit des Todes eines der unirenden Eltern nur noch von einer Seite Kinder da sind? oder wenn

b) Anfangs nur von einer Seite Vorkinder in die Ehe gebracht und in derselben keine weiteren Kinder erfolgt sind?

Um von dem lezteren Falle anzufangen, so ist es nicht zu läugnen, daß sehr viele Statuten behaupten, daß in solchem Falle die Einkindschaft gefallen, todt und ab sey. Allein das beweist an sich nichts. Denn es giebt andere, die des Falls gar nicht erwähnen, und solche, welche die Möglichkeit einer Succession für jene einzeln gebliebenen Vorkinder zugeben. Ist also in dem Statut nichts bestimmt, und in der Abrede nichts ausgemacht, so geht es aus dem Begriff der Einkindschaft, der eine Einsezung von Stiefkindern in ein Verhältnis rechter Kinder ist, hervor, daß derselbe dadurch nicht aufgehoben werde, wenn keine Nachkinder erfolgt sind. Und folglich müßte immer zu Gunsten jener einzeln gebliebenen Vorkinder im Zweifel entschieden werden, daß sie gleich als Kin-

der

der einer und zwar dieser lezten Ehe anzusehen seyen.

Der erste Fall hingegen erlediget sich nach demjenigen, was wir bereits ausgeführt haben, von selbst.

Die einkindschaftliche Succession wird nicht erst durch den Tod des einen oder des andern Ehegatten eröfnet, denn auch ein Vorkind wird, es sterbe wenn es wolle, von seinem angenommenen Vater oder Mutter zugleich mit dem andern Ehegatten und seinen leiblichen Geschwistern beerbt a), und wenn nun auch nach der Trennung der einkindschaftlichen Ehe durch den Tod des einen der unirenden Ehegatten auf beyden Seiten keine unirten Vorkinder mehr vorhanden und aus der einkindschaftlichen Ehe keine Kinder da sind, so ist dennoch die Einkindschaft nicht gefallen. Die Vorkinder, die einerseits noch vorhanden sind, succediren dem angenommenen Vater oder Mutter, wenn nicht durch das Statut oder besondern Abrede ausdrükliche Verordnung dagegen getroffen worden ist.

Das aber versteht sich von selbst, daß obgleich die Einkindschaft, wie wir gesagt haben, durch den Tod des einen Ehegatten getrennt wird, diese Trennung dennoch realiter erst zu Stande kommt, wenn der überlebende Ehegatte entweder den Wittwenstuhl verrükt, oder die einkindschaftliche Verbindung durch eine herzustellende Realabtheilung aufgehoben wissen will,

a) Nur dürfte hiebey zu erinnern seyn, daß von Seiten der Kinder nur dasjenige als einkindschaftliches Vermögen zu betrachten sey, was sie in die Einkindschaft mit Ausnahme des Voraus eingebracht haben. Statt daß die unirten Kinder den angenommenen Eltern in allen, was sie während der einkindschaftlichen Ehe erwerben, gleich als rechte Kinder succediren.

will. Wenn übrigens in der Einkindschaft von Kindern die Rede ist, so sind auch liberi ulteriorum graduum darunter nach gemeinrechtlichen Bestimmungen verstanden, denn wir haben keinen Grund, diese gemeinrechtliche Regel von der Anwendung auszuschliessen.

§. 676. t.

Fortsezung.

Was nun aber die elterlichen Rechte betrift, welche angenommenen Eltern über ihre unirten Kinder zu Theil werden, so wird das Hauptinteresse der Verschiedenheit zwischen einer Einkindschaft, die eine wahre Arrogation und einer solchen, die ein gemischtes Verhältnis einer häuslichen Gesellschaft zwischen Eltern und Kindern hervorbrächte, das sich in Rüksicht auf die Frage von dem Recht der Enterbung der Kinder äussern könnte, im übrigen sich aufheben. Die Verwaltung und der Niesbrauch des in die Gemeinschaft eingeworfenen Vermögens, solange die Einkindschaft dauert, und auch derjenigen Güter, die den Kindern sonst angefallen, oder zum Voraus bestimmt worden sind, bis sie zu mannbaren Jahren kommen, oder sich verheyrathen, und überhaupt das Recht, sich aller derjenigen Mittel zu bedienen, welche zur zweckmäsigen Erziehung der Kinder nothwendig und nüzlich sind, ihre Handlungen zu ihrem Besten zu leiten, und ihren kindlichen Gehorsam zu fordern, sind die hauptsächlichsten Befugnisse ihrer erlangten elterlichen Gewalt. Daher können angenommene Kinder ohne elterliche Einwilligung nicht contrahiren, und sich nicht verheyrathen a). Dagegen sind aber auch die Eltern zu

a) Auch finden wir keinen Anstand, die bestehende Einkindschaft als ein Ehehindernis unter unirten Kindern anzu-

zu allen den Pflichten gegen die Kinder verbunden, welche sie leiblichen Kindern schuldig sind. Sie sind verpflichtet sie zu ernähren, nach ihrem Stande zu erziehen, und zu Erreichung ihrer künftigen Bestimmung kräftigst zu unterstüzen, und im Fall der Verheyrathung mit einem dem Vermögen angemessenen Heyrathgut oder Aussteuer zu unterstüzen. Dies alles geht aus der häuslichen Familiengenossenschaft hervor, welche durch die Einkindschaft errichtet wird. Dagegen aber kann selbst der arrogirende und eben so wenig der blos unirende Vater dem angenommenen Kinde dasjenige nicht mittheilen, was er nicht durch sich selbst, sondern als Recht der Geburt, wie seinen Adel, oder ex pacto et providentia erhalten hat, wie z. B. Lehens- und Stamm- oder Fideicommiss- Güter, welche er in die Einkindschaft nicht inferiren konnte, und wovon höchstens die Nuzungen, weil sie allodial sind, in die Masse des ehelichen Einkommens und der Gemeinschaft des Acquästs oder der allgemeinen Gemeinschaft des Vermögens fallen, und ein Gegenstand der Succession auch für unirte Kinder werden können.

§. 677.

Aufhebung der Einkindschaft.

Die Einkindschaft kann vor allen Dingen einseitig nicht aufgehoben werden; selbst als Arrogation gedacht, liegen besondere Einschränkungen in dem Begriff dieses Verhältnisses, erworbene Successions- und Familienrechte. Dagegen aber kann dieselbe unter obrigkeitlicher Genehmigung mit Consens aller

anzunehmen, und dasjenige darauf anzuwenden, was die L. 17. und 55. D. de ritu ruptier. und das c. un. x. de cognatione legali verordnen.

aller derjenigen, welche ursprünglich dabey mitzuwirken hatten, wieder aufgehoben werden.

Eben so nehmen wir kein Bedenken zu behaupten, daß Kinder sowohl als Eltern einseitig auf Wiederaufhebung der Einkindschaft durch eine Imploration bey der Obrigkeit antragen können, vorausgesezt, daß hiezu eine rechtliche Ursache angeführt werde.

Kinder also, oder wenn sie minderjährig sind, ihre Vormünder, werden es als einen Grund zu einer solchen Imploration anführen können, wenn ein solcher Umstand sich ereignet hat, bey welchem der Zwek der Einkindschaft für sie nicht erreicht werden kann, insoferne vernünftiger Weise immer angenommen werden muß, daß sie, wenn sie in ein Verhältniß rechter Kinder zu einem Stiefvater oder Stiefmutter treten wollen, die Vortheile auch geniessen wollen, welche für Kinder aus einer solchen häuslichen Verbindung entspringen.

Wenn also z. B. der angenommene Vater seinen Dichter auf eine auffallende Weise mishandelt, ihn darben läßt, in der Erziehung vernachläsiget, sein Vermögen schlecht verwaltet, einen schlechten sittenlosen Lebenswandel, zum ärgerlichen Beyspiel, führt, das Kind zu liederlichen Streichen anzuhalten trachtet, so sind dis solche Gründe, bey welchen auf Seiten der Kinder ein Recht, und auf Seiten ihrer Vormünder und selbst ihrer nächsten Verwandten, die in die Einkindschaft mitgewilliget haben, die Pflicht entstehen kann, die Wiederaufhebung der leztern zu verlangen.

Umgekehrt aber zweifeln wir eben so wenig, daß unirende Eltern die Einkindschaft aufzuheben verlangen können, wenn ein solches unirtes Kind gänzlich ausser allen Schranken des Gehorsams tritt, wenn

z. B. ein in der Einkindschaft befindlicher Sohn sich von einem Aufwand nicht zurükhalten läßt, der alle Proportion der ursprünglichen Vermögensverhältnisse zerstört, oder wenn er die Pflichten gegen den Stiefvater oder die Stiefmutter, die er in dem Familienverhältniß nun als die Seinigen zu verehren hat, auf eine solche crasse Weise ausser Augen sezt, welche wegen der Verlezung der elterlichen Person als eine causa exheredationis (Nov. 115. c. 3.) gegen denselben gelten müßte.

Es versteht sich von selbst, daß eine solche Aufhebung dieses Verhältnisses einseitig nicht gestattet werden kann, sondern daß es unter obrigkeitlicher Cognition und durch ein Decretum magistratus geschehen müsse. Doch würde es hiezu keines processualischen Verfahrens, sondern einer Imploration des Magistratus bedürfen, der den Gegentheil, wie es die Natur der Sache mit sich bringt, hören müßte, zugleich aber auch, wenn der angeführte Grund des Gesuchs um Wiederaufhebung ein solcher wäre, der nur durch eine nähere factische Einsicht der Familienverhältnisse erhoben werden könnte, die übrigen Personen auch noch zu hören hätte, unter deren Beyrath und Mitwirkung die Rechtshandlung der Einkindschaft errichtet wurde.

Daß ein solcher einkindschaftliche Vater oder Mutter eine Schenkung, die er einem solchen Kinde gemacht, propter insignem ingratitudinem nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts a) wiederrufen können, (wie Herr Runde bemerkt) hat wohl keinen Zweifel. Denn es ist kein Grund vorhanden, warum die allgemeine Regel des Gesezes hierinn eine Ausnahme erfordern sollte. Eine Aufhebung der Ein-

a) §. 2. I. de donationibus. L. 10. de revoc. donat.

Einkindschaft ist es aber natürlicher Weise nicht. Und, wenn die Einkindschaft für den unirenden Vater eine wahre römische Arrogation wäre, so würde es, um eine Donation, die er dem Kinde etwa gemacht, zu revociren überdis nicht einmal der Ursache des Undanks bedürfen, um über dieses peculium profectitium nach Belieben zu disponiren.

Vorzüglich aber glauben wir, daß es selbst der Obrigkeit, insoferne mit ihrer Beywirkung über minorenne eine Einkindschaft errichtet worden ist, obliegen müsse, ein fortwährendes Einsehen zu nehmen, ob dadurch die angenommenen Kinder nicht an ihrer Person oder an ihrem Vermögen einem solchen, sittlichen oder ökonomischen, Zerfall ausgesezt seyen, der das Gegentheil von dem Endzwek der Einkindschaft für sie seyn würde. Die Obrigkeit würde dergleichen Hindernisse aus dem Weege zu räumen und am Ende selbst die Pflicht haben, ein solches Verhältnis aufzuheben.

Ob die Einkindschaft wegen einer Läsion rescindirt werden könne? diese Frage ist so leicht nicht zu beantworten.

Bey Eltern sollte unseres Ermessens eine Läsion in diesem Verhältnis nicht wohl denkbar seyn, denn sie erwerben indem sie in das ungleiche Verhältnis entweder einer vollen oder einer beschränkten elterlichen Gewalt über die Kinder treten. Auch haben sie es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie in Absicht auf das Vermögen, das sie in die einkindschaftliche Succession einwerfen; durch eine hinlängliche Ausnahme (reservatum) sich nicht prospiciren.

Bey den Kindern aber ist es eine eigene Sache. Wir müssen, glauben wie unterscheiden:

A) leib-

A) leibliche Kinder ihren Eltern gegenüber. Diesen schreiben die Schriftsteller und selbst die Statuten, z. B. das Würtembergische Landrecht a) die Befugniß zu, eine Rescission zu verlangen — "wegen "übermäsiger Vernachtheilung, dadurch den Kindern "über das ihnen allbereits angefallene eigenthüm-"liche Gut, ihr, an dem noch überlebenden Va-"ter oder Mutter gebührender Pflichttheil geschmä-"lert würde.,,

Wir bekennen offenherzig, daß uns diese Theorie eine theoretische Unlauterkeit in den Begriffen zu enthalten scheint!

Wenn nemlich das leibliche Kind die Rescission der Einkindschaft bey Lebzeiten der Eltern soll verlangen können, weil ihm sein Pflichttheil von seinem leiblichen Vater nicht zu Theil werde: was soll man von dieser Behauptung halten, so bald man bedenkt, daß es keine hereditas, (und folglich auch keine portio legitima!) viventis giebt?

Warum soll denn also gerade hier der Vater, der eine Einkindschaft abschließt, bey seinen Lebzeiten schon den Pflichttheil sich berechnen lassen? Und soll das Kind sogleich wie die Einkindschaft abgeschlossen ist, wenn nach jener Berechnung sein Pflichttheil nicht im Reinen wäre, dieselbe anfechten und auf Rescission dringen können.

Es verdiente doch wenigstens eine Erörterung, ob diese Rescission nicht vielmehr das Analoge der querela inofficiosae donationis wäre, von welcher Hofacker b) nach dem Sinn der angeführten Geseze, ganz treffend sagt, daß sie eine actio subsidiaria ad exemplum querelae inofficiosi testamenti

a) P. III. tit. 9. §. 14.

b) prim. iur. civ. rom. germ. §. 1000.

menti comparata sey, adeo ut ex ista repleri debeat, quod expresse in hac actione non est constitutum, mit dem Beysaz am Ende: computatio mortis tempore instituitur, sed secundum quantitatem bonorum, quae donator tempore donationis habuit. Wir glauben das Leztere annehmen zu müssen.

B) Dichter ihrem Stiefvater oder Stiefmutter gegenüber. Hier kann nur davon die Frage seyn, ob zwischen demjenigen Vermögen, was das Vorkind in die Einkindschaft einbringt, und demjenigen, was also z. B. der Stiefvater von seinem illatum nicht ausgenommen hat, ein solches Misverhältnis sey, daß eine laesio ultra dimidium zum Nachtheil des Kindes Statt fände?

Wo das Statut einmal so entscheidet, daß alsdann eine Rescission Statt finden solle, da bleibt es nun freylich bey dem Buchstaben des Gesezes, das Troz einer res judicata ex albo nigrum machen kann.

Aber wie ein Rechtsgelehrter aus Rechtsbegriffen seiner Theorie a priori diesen Saz aufstellen könne? das ist uns beynahe unerklärbar. Denn es findet doch einmal bey pactis successoriis keine Läsionsklage Statt. Und will man die Einkindschaft als einen Vertrag ansehen, wodurch eine societas bonorum errichtet wird, so bedarf es, um eine gewisse billige Gleichheit herzustellen, die in allen Societäten, wo nicht eine absichtliche Ungleichheit aufgestellt ist, nach allgemeinen und gemeinrechtlichen Grundsäzen Statt haben soll, nicht gerade der Rescissionsklage der laesionis ultra dimidium, die bey diesem Verhältnis ohnehin nicht Statt hat. Und höchstens könnte man sagen, ein solches Kind könne die Herstellung eines richtigeren Verhältnisses, besonders durch Vermehrung seines

Prae-

Praecipui verlangen, und wenn ihm diese verweigert würde, erst alsdann auf Trennung dringen. Daß eine restitutio in integrum ex capite minoris aetatis bey einer Läsion gegen eine solche Einkindschaft Statt finden könne, davon können wir uns aber aus dem Grunde nicht überzeugen, weil es eines ausserordentlichen Rechtsmittels nicht bedarf, wo die Natur des Rechtsverhältnisses eine obrigkeitliche Abhülfe im ordentlichen Wege zuläßt. Dessen nicht zu gedenken, daß wir in der Theorie noch keine restitutio in integrum gegen eine Adoption gefunden haben; welches Argument da wenigstens gilt, wo die Einkindschaft diesem Institut statutarisch gleichgestellt ist.

Es kann aber auch geschehen, daß die Aufhebung der Einkindschaft ipso jure erfolgt, wenn z. B. die Ehe zweyer unirenden Ehegatten geschieden worden ist. Hier fällt die Grundbedingung der Einkindschaft, daß eine Ehe da sey, und wirklich fortgesezt werde, hinweg.

Und dieses würden wir selbst auf den Fall der separatio quoad thorum et mensam perpetua bey den Catholicken in gewisser Bedeutung ausdehnen. Wenigstens würden wir es als einen Rechtsgrund für ein solches Kind betrachten, dessen Eltern in diesem Verhältniß sind, die Aufhebung der Einkindschaft bey so gänzlich veränderten Umständen von der Obrigkeit zu verlangen.

Ist in dem Statut oder Abrede ausdrüklich gesezt, daß die Einkindschaft gefallen seyn soll, wenn nach zusammengebrachten Kindern verschiedener Ehen zur Zeit des Absterbens eines der unirenden Eltern nur noch von einer Seite Kinder vorhanden seyen, oder wenn aus der einkindschaftlichen Ehe keine Kinder erfolgen sollten, es sey nun, daß zu jener Zeit von beyden Seiten Vorkinder vorhanden wären, oder nur von

einer

einer Seite, so ist dies eine individuelle Norm, die allerdings so gesezt werden kann, aber wenn sie nicht gesezt worden ist, nicht angenommen werden mus, weil das Gegentheil, daß nemlich auch nur die Vorkinder einer Ehe vorhanden wären, dem Begrif der Einkindschaft und seiner Anwendbarkeit nicht wiederspricht, welcher darin besteht, daß Stiefkinder in ein Verhältnis rechter Kinder ihren Eltern gegenüber gesezt werden (§. 676. d.)

Wenn aber die Einkindschaft rescindirt wird, so ist es nun, als ob keine Einkindschaft vorhanden wäre, gerade so wie bey einer Ehescheidung angenommen wird, als ob keine Ehe vorhanden wäre. Die elterlichen und kindlichen, so wie die Vermögens-Verhältnisse werden zerrissen, die Einkindschaft wird rükwärts ungeschehen gemacht, soweit dies möglich ist; d. h. der bisherige Genuß des kindlichen Vermögens und der elterliche Aufwand, der auf die Kinder übergegangen ist, kann in keine Berechnung gezogen werden.

Wenn nun aber am Ende dieser Lehre, deren Grundsäze nicht auf Autoritäten gebaut werden können, sondern aus dem Begriff und den Grundbedingungen des Instituts, wie es in verschiedener Bedeutung erscheint und gedacht werden mus, zu entwickeln sind, noch davon die Frage ist: was ein künftiger Gesezgeber mit dieser Rechtssitte zu thun haben dürfte? so würden wir rathen, dasselbe entweder ganz zu verbieten, oder nur in einer Form die der Arrogation soviel möglich nahe käme, und nicht nur Einkindschaft sondern zugleich Einbrüderschaft wäre, aufzunehmen.

Wir behalten uns vor, die Form einer solchen Einkindschaft bey einer andern Gelegenheit zu bestimmten Grundzügen näher und durch Gründe motivirt an die Hand zu geben.

Bayerische Staatsbibliothek München

Daniel Knode.

Daniel Knode.

Daniel Knode.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Danz, Wilhelm August Friedrich, 1762-1803

Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts Nach dem Systeme des Herrn Hofraths Runde

Bd.: Achter Band

Stuttgart 1807

J.germ. 39-8
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10550906-3
VD18 9067491